DROIT CIVIL
EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE XX DU LIVRE III
DU CODE CIVIL :

DE LA PRESCRIPTION.

Se trouve aussi à Paris chez :

VIDECOQ, place du Panthéon;
LECOINTE et POUGIN, quai des Augustins;
CHAMEROT, *idem;*
LEGRAND et BERGOUNIOUX, *idem.*

PARIS, IMPRIMERIE DE A. GUYOT,
RUE NEUVE-DES-PETITS CHAMPS, N° 37.

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE XX DU LIVRE III DU CODE CIVIL :

DE LA PRESCRIPTION.

SOUS PRESSE :

Le Commentaire des Titres du Louage et de l'Échange.

Se trouve aussi à Paris, chez :

VIDECOQ, place du Panthéon;
LECOINTE et **POUGIN**, quai des Augustins;
CHAMEROT, *idem*;
LEGRAND et **BERGOUNIOUX**, *idem*.

PARIS, IMPRIMERIE DE MOQUET ET COMP.,
RUE DE LA HARPE, N° 90.

LE DROIT CIVIL
EXPLIQUÉ
SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,

DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DE LA PRESCRIPTION,

OU

COMMENTAIRE DU TITRE XX DU LIVRE III DU CODE CIVIL,

PAR M. TROPLONG,

PRÉSIDENT DE CHAMBRE A LA COUR ROYALE DE NANCY,
CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGION-D'HONNEUR;

OUVRAGE QUI FAIT SUITE A CELUI DE M. TOULLIER,
MAIS DANS LEQUEL ON A ADOPTÉ LA FORME PLUS COMMODE DU COMMENTAIRE.

TOME PREMIER.

PARIS,
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DES BEAUX-ARTS, N° 3.
A NANCY, CHEZ GEORGE GRIMBLOT.

1835.

PRÉFACE.

Quam possumus reperire, ex omnibus rebus civilibus, causam contentionemque majorem?
(Cic., *de Oratore*, lib. 1, n° 31.)

L'ouvrage que j'offre au public embrasse une matière qui réunit à toutes les difficultés de la pratique les problèmes obscurs de la théorie philosophique. Quel est l'homme, si familier qu'il soit avec l'application des lois, qui ne se sente hésitant et perplexe devant les nombreuses questions que la prescription fait surgir à chaque instant dans les tribunaux? Quel est surtout l'esprit sérieux qui ne s'est pas demandé avec sollicitude si la légitimité de droit accompagne ce moyen de dénaturer les obligations les plus solennelles, d'échapper à leur empire et d'acquérir le bien d'autrui? La prescription n'est-elle pas la destruction de tous les liens qui unissent les hommes, et une violation de la sainteté du droit? ou bien doit-on applaudir à la sagesse du législateur, qui a vu en elle un remède efficace contre la négligence des citoyens, et même une sanction donnée à l'amour de la propriété, en forçant ce sentiment à se réaliser par l'activité et la vigilance, et en le retrempant aux sources nouvelles du travail et de la possession, quand il se perd dans des mains oublieuses?

Il m'a paru qu'un commentateur du Code civil ne pouvait éluder aucune de ces questions ardues de doctrine et de pratique sans manquer à sa mission. C'est pourquoi je n'ai pas dû me borner à recueillir des extraits des Traités de Dunod et de Pothier sur la *Prescription*, et à revêtir ces lambeaux d'un vernis moderne par la citation de quelques arrêts des cours royales et de la cour de cassation. Les textes du Code ont une sève féconde qui déborde de toutes parts les ouvrages classiques du dix-huitième siècle. Vouloir la comprimer dans des limites empruntées à un autre âge de la jurisprudence,

tandis qu'elle ne demande qu'à circuler et à s'étendre, c'est violer la loi du progrès, et oublier qu'une science qui marche est une science qui grandit. Cependant, chose étrange, on entend répéter tous les jours que le Code civil a rétréci l'horizon du droit, et que le temps des larges études est fini. Oui, sans doute, si l'on ne veut trouver dans ce vaste résumé que la relation de ses articles avec des fragmens de Pothier, Domat et autres auteurs, qui abrégèrent, dans le siècle dernier, les matériaux immenses des siècles précédens; oui, si l'on trace autour de lui une enceinte inflexible que ces auteurs auront seuls le privilége d'éclairer. Mais essayez un moment de sortir de ce cercle borné; laissez aller le droit à sa souplesse naturelle et à ses élans vigoureux; permettez au Code de faire alliance avec les grands jurisconsultes du seizième siècle, et de se poser à côté du droit romain, non pour subir docilement son joug, mais pour lutter aussi en rival qui connaît ses forces; exigez que l'interprète explique ses dispositions par l'histoire et par la philosophie, qui plus que jamais est un besoin des intelligences, et dont on peut dire encore aujourd'hui avec Cicéron: *Ista præpotens et gloriosa philosophia* (1): alors, si je ne me trompe, ceux qui se trouvent si à l'étroit dans le Code et semblent se plaindre d'y étouffer, seront peut-être embarrassés eux-mêmes de l'abondance des richesses, et rabattront de leurs dédains.

Lorsque je publiai, en 1834, le Commentaire *de la Vente*, je sentis toutes les objections qu'on pourrait faire contre un livre qui avait l'air de vouloir rivaliser avec l'un des chefs-d'œuvre de notre illustre Pothier. Je me confiai néanmoins dans cette idée, que ma tâche n'était pas une tentative téméraire pour faire mieux que ce jurisconsulte éminent, qui restera notre maître à tous, mais bien une œuvre différente à beaucoup d'égards, dont le Code civil avait préparé le canevas. Peu m'importaient d'ailleurs les emprunts assez nombreux que le titre de *la Vente* a faits au savant et judicieux Traité de Pothier: entre une pensée écrite par un au-

(1) De Oratore, lib. 1, nº 43.

teur qui disserte et celle que codifie le législateur qui commande, il y a tout un monde de distance. Quand une idée passe du domaine des opinions dans le domaine de la loi, mille intérêts imprévus viennent s'y rattacher et s'y confier; ils s'emparent d'un mot, et souvent d'une erreur de rédaction, devenue la propriété du public; ils se retranchent derrière une rubrique, se font forts de la liaison et de la place d'un article, assouplissent un principe par la combinaison d'un autre principe emprunté à un autre titre; ils lient les différentes matières traitées successivement par le législateur et puisées à des sources diverses, pour les limiter, les balancer, les modifier les unes par les autres, et bientôt voilà des systèmes nouveaux et inaperçus qui s'échappent à l'envi de la formule légale, bien étonnée peut-être de se trouver si féconde. C'est qu'une opinion, en passant dans un Code, y contracte des alliances intimes qui développent en elle des germes mystérieux que l'isolement eût laissés stériles.

En m'occupant à l'heure qu'il est du commentaire de *la Prescription*, j'ai beaucoup moins à craindre le reproche dont je viens de parler. Les rédacteurs du Code civil ont peu mis à contribution les travaux de Pothier sur cette matière. En effet ses traités de la *Prescription* à fin d'acquérir et de la *Possession* ne sont pas les meilleurs qu'il nous ait laissés. Les vues générales y sont trop rares, et les grandes bases du sujet pas assez défendues et discutées. L'auteur se laisse maîtriser par les souvenirs du droit romain, sans s'armer de son discernement ordinaire pour repousser des subtilités incompatibles avec le droit moderne; lui, dont l'esprit est si juste et si sensé, il accepte avec une confiance docile des principes et des solutions que Brunemann lui-même, le moins critique assurément des jurisconsultes, n'a pu s'empêcher de déclarer surannés et inadmissibles dans nos mœurs (1). Je doute même que Pothier ait pénétré avec une sûreté assez entière dans le système du droit romain sur la bonne foi et le titre. Son erreur, à cet égard, l'a entraîné dans l'emploi de textes choisis à faux, et dans des efforts infructueux pour

(1) *Voy.* t. 1 de ce Comment., nos 257, 260 et 261.

plier sous leur autorité la jurisprudence française conçue dans des idées toutes différentes (1); enfin de nombreuses lacunes se font remarquer dans ces deux ouvrages (2) : sur des points importans, ils laissent le lecteur sans guide, et l'on serait tenté de voir en eux l'ébauche d'un plus grand travail, plutôt que le dernier mot d'un auteur qui a traité d'autres matières avec un talent si complet et une si admirable perfection.

Le traité de Dunod est plus abondant sur certains points, plus stérile sur d'autres : il se rattachait à un travail considérable sur la coutume du comté de Bourgogne. L'auteur en a pris prétexte pour se dispenser d'examiner d'importantes théories qui n'étaient pas en usage dans la province de Franche-Comté. C'est pour cette raison que son livre est à peu près muet sur la prescription de dix et vingt ans, qui joue un si grand rôle dans le Code civil (3). Du reste, il est plus indépendant du droit romain que Pothier, et, sous sa plume, le droit coutumier, la jurisprudence des arrêts, les ordonnances royales, ont le principal ascendant, sans exclure néanmoins les précieuses décisions des jurisconsultes de Rome et du droit canonique. Le savoir de Dunod est réel, quoique ses citations soient plus nombreuses qu'exactes (4). Il a vu les sources; il s'est pénétré de son sujet, qu'il explore avec intelligence; il fait de louables efforts pour résumer, dans des conclusions substantielles, les idées de tous ceux qui l'ont précédé. Esprit sage et laborieux, cherchant la vérité sans système, il a fait un livre estimable, qui a été fort utile aux rédacteurs du Code civil, et que l'on consultera toujours avec fruit. Mais, si la part du mérite est grande chez Dunod, celle de l'imperfection veut qu'on ne l'oublie pas. Il ne faut pas demander à cet écrivain des vues élevées, des doctrines profondes, le coup-d'œil philosophique, l'intérêt du style. Son jugement manque de fermeté, parce que, s'étant

(1) *Voy.* t. 2 de ce Comment., nos 890 à 909.

(2) *Id.*, no 903, et *passim.* Tout ce qui tient aux choses imprescriptibles est à peu près omis.

(3) *Voy.* ce qu'il dit p. 11; *junge* et *infrà*, no 903.

(4) *Infrà*, nos 147 (note) et 775.

fait une loi de présenter des résultats sans passer par les raisonnemens qui les préparent (1), il a sacrifié à l'aperçu synthétique, qui lui paraissait moins ennuyeux pour le lecteur, les déductions et les discussions analytiques, qui, quoi qu'il en dise, sont aussi un moyen de saisir l'attention et d'échauffer le discours, tout en amenant l'idée à son plus haut degré de justesse. Aussi ses décisions ne sont-elles pas exemptes d'hésitation et d'erreur. On est également frappé du défaut d'enchaînement dans l'emploi des matériaux. Ce n'est pas comme Pothier, qui est si heureux pour les distribuer avec art, pour lier les principes et les conséquences, pour tenir d'une main ferme le fil de son sujet, et faire briller sur ce tout, logiquement ordonné, la clarté de son esprit méthodique. Dunod se fraie sa route avec embarras; il marche sans plan, jette pêle-mêle les décisions, et finit par brouiller les divisions qu'il avait adoptées *a priori*. Par exemple, il vous parlera de la règle qu'on ne peut pas prescrire contre son titre, au chapitre de la bonne foi; des nullités absolues et relatives, au chapitre des choses imprescriptibles, et non pas au chapitre du titre; du précaire et de la familiarité, non au chapitre de la possession, mais à ce même chapitre des choses imprescriptibles. On dirait qu'il a recueilli ses idées sur des feuilles volantes, et qu'il s'est trompé de rubrique en les classant.

En dehors des deux traités spéciaux dont je viens de parler, l'ancienne jurisprudence ne nous offre plus aucun travail de ce genre qui soit resté populaire en France. Tout le monde a oublié le petit traité de Rogerius, ancien glossateur, intitulé : *de diversis Præscriptionibus* (2), et son dialogue bizarre *de Præscriptionibus* (3). Ce dernier écrit est une conversation entre Rogerius et la Jurisprudence, comparaissant en personne. L'auteur fait la question, et la Jurisprudence, prenant la parole, y répond avec force citations. Rogerius l'interrompt pour lui proposer des objections; mais la Juris-

(1) *Voy.* sa préface.

(2) *Voy.* le *Tractatus tractatuum*, t. 17, p. 48.

(3) *Id.*, p. 49.

prudence lui ferme la bouche, en donnant la raison de décider. On est heureux de tenir ainsi la Jurisprudence à sa disposition. Je doute cependant que la vraie science ait consenti à avoir pour organe les badinages affectés et gauches de Rogerius. Je ne parlerai pas d'un essai de Dynus de Mugillo, *de Præscriptionibus* : ce n'est qu'une simple nomenclature de toutes les prescriptions connues, depuis la prescription de vingt heures jusqu'à la prescription immémoriale (1). Cujas a fait le même travail, mais avec bien plus de science et de netteté, dans son traité *de diversis temporum Præscriptionibus et terminis* (2), qui, au surplus, n'a d'utilité que pour l'étude de la jurisprudence romaine.

Avant Dunod et d'Argentré, dont je dirai tout à l'heure quelque chose, on consultait avec profit un traité de J.-F. Balbus, sur la prescription (3). Cet écrivain est, je crois, le premier qui ait coordonné la matière, et qui ait pénétré avec méthode dans ses différentes ramifications; il a du sens et un vrai savoir; il n'élude aucune grande question, et on lui doit d'avoir ouvert la lice, en formulant un bon programme que les autres n'ont fait que suivre en l'élargissant. Mais d'Argentré d'abord, et Dunod ensuite, ont sucé toute sa substance; ils ne lui ont laissé que ses erreurs et ses subtilités, tellement qu'il ne lui reste plus rien qui soit de bonne prise. C'est donc un livre usé, dont toute la valeur réelle est passée dans le domaine public, et dont la lecture ne peut plus rien apprendre. Il semble que Balbus eût prévu cette destinée; car, en s'excusant d'écrire sur un sujet que tant d'autres avaient parcouru, et en promettant de faire mieux que ses devanciers, il ajoutait avec raison qu'il se croyait bien éloigné de pouvoir fermer la carrière : MULTUM RESTAT OPERIS, *multumque restabit; nec ulli nato, post mille sæcula, precludetur occasio aliquid adjiciendi*, QUIA INVENTIS INVENTA NON OBSTANT. NAM, INSTAR SOLIS, INTELLECTUS ORITUR, OCCIDIT, VADIT ET REDIT, *et nunquam moritur*, SED SUIS VICIBUS OCCUL-

(1) *Id.*, p. 50.

(2) T. 1 de ses œuvres, p. 284.

(3) *Tractatus tractatuum*, t. 17, p. 52 et suiv.

TATUR. Cette pensée est belle. Non! l'esprit humain ne s'épuise jamais, et son active fécondité sait rajeunir l'art ou la science arrivés à leur déclin (1).

J'ai trouvé des documens plus précieux dans les commentateurs des coutumes, Coquille (2), Brodeau (3), Legrand (4), Ferrières (5), etc. Ces jurisconsultes ont mis en lumière, avec un soin consciencieux, les origines de notre droit, et il est extrêmement intéressant, soit sous le rapport historique, soit sous le rapport doctrinal, d'étudier chez eux la filière des idées sur lesquelles nous vivons aujourd'hui. Mais, quel que soit le mérite de ceux que je viens de nommer, je place à une grande distance au-dessus d'eux d'Argentré, commentateur de la coutume de Bretagne, qui, en traitant le titre des appropriances, a composé un vrai chef-d'œuvre sur la prescription. D'Argentré vivait dans ce seizième siècle, si fécond en grands jurisconsultes: on le voit aux fortes et profondes études dont son commentaire porte l'empreinte. Versé dans la connaissance de l'histoire et de la philosophie (il ne faut pas cependant lui demander une autre histoire et une autre philosophie que celles de son temps), il s'en sert pour scruter les bases de son sujet, et pour éclairer le droit par ces deux sciences auxiliaires, dont il ne devrait jamais être séparé. Son style, trop chargé d'ornemens et de réthorique, l'a fait comparer par Mornac à un cyprès qui est toujours vert et ne porte pas de fruits (6); mais cette injuste censure allait mal à Mornac, à qui on ne fera jamais le reproche d'être un beau diseur, et qui de plus est un penseur assez pauvre (7). Je conviens que d'Argentré vise un peu

---

(1) On trouve dans le *Tractatus tractatuum* quelques autres ouvrages sur lesquels je crois inutile d'insister ici (*loc. cit.*, p. 200 à 210). Les curieux pourront cependant consulter la dissertation de Pulvæus, *de Rei furtivæ prohibitâ usucapione* (p. 210).

(2) Sur Nivernais.

(3) Sur Paris.

(4) Sur Troyes.

(5) Sur Paris.

(6) Sur la loi 68, D. *ad Leg. falcid.*

(7) Je suis étonné que Bretonnier, critique judicieux et éclairé, ait acquiescé à cette critique légère (*Quest. alphab.*; préface, p. lxxxj).

trop à la phrase, mais son idée est toujours pleine et hardie : c'est un Breton jaloux de l'honneur de son pays, et pénétré de la supériorité de sa coutume nationale sur le système romain de la prescription. Son esprit indépendant ne craint pas de faire ressortir les subtilités du *Digeste*, comparé avec le génie plus simple du droit français (1). Aussi s'éleva-t-il contre lui un grand déchaînement pour cette liberté grande, surtout parmi les auteurs du pays du droit écrit. Mais ce qui fut alors un motif de blâme me paraît devoir être maintenant un sujet d'éloges ; car le sentiment qui animait l'auteur était tout patriotique, et il le défend avec des raisons solides, vives, spirituelles. D'ailleurs, le Code civil lui a donné raison sur presque tous les points, par sa préférence pour les théories les plus en harmonie avec le rationalisme moderne. Il faut aussi voir notre auteur rompre des lances contre les scolastiques, pourchasser avec son âpreté bretonne leur phalange cuirassée d'arguties, et dissiper, au nom du bon sens, le prestige savamment trompeur de leurs sophismes. Ces combats donnent à son commentaire une couleur dramatique, et l'on se complaît dans cette expression d'une conviction chaleureuse et d'une vie intellectuelle totalement effacées chez Dunod. Si l'ouvrage de d'Argentré était écrit en français, on le lirait encore, non-seulement par devoir, mais même avec plaisir ; mais son latin prétentieux force à une assez grande contention d'esprit, d'autant plus que, malgré ses efforts, l'archaïsme indigène se montre à découvert sous sa plume, et obscurcit par son mélange les figures empruntées au langage académique (2).

(1) Voy. *infrà*, nos 890 et suiv., ce qu'il dit sur les titres putatifs.

(2) On croit assez généralement que d'Argentré fut président au parlement de Rennes : c'est une erreur, car cette cour ne souffrait pas que les avocats qui plaidaient devant elle le citassent sous la qualité de *Monsieur*, qui n'appartenait alors qu'aux auteurs membres des cours souveraines. La postérité aussi lui a retranché le *Monsieur*, mais c'est en signe de gloire, et sans s'inquiéter de l'étiquette du parlement. Du reste, d'Argentré appartenait à la magistrature, et nous tenons à honneur de revendiquer cette illustration. Il était sénéchal et président au présidial de Rennes (Hevin, *sur Frain*, p. 515) ; ce qui ne l'empêche pas de

Du reste, en me rangeant du côté de d'Argentré contre quelques décisions du droit romain qui sont pour nous des anomalies, je n'ai pas entendu dire que ce droit fût désormais un champ stérile pour ceux qui étudient la prescription; au contraire, c'est une terre qu'il ne faut pas se lasser de remuer, parce que les racines de l'arbre y vivent encore vigoureuses et tenaces, et que leur suc alimente le rejeton qui a fleuri sur leur souche. Le *Digeste* et le Code de Justinien abondent en principes et en décisions sur la prescription; c'est une des matières les plus richement traitées dans les collections qui nous restent de ce droit immortel, qui, après des siècles, plane sur le nôtre pour l'inspirer de ses souvenirs. Il suffit d'un peu d'éclectisme pour distinguer ce que le temps en a brisé et ce qui a survécu aux vicissitudes des révolutions. D'ailleurs, la découverte des *Institutes* de Caïus a éclairci quelques points qui avaient tourmenté les interprètes, particulièrement le titre *pro hærede*, auquel Pothier avait prêté un sens fautif, parce qu'il manquait de documens pour proposer autre chose que des conjectures hasardées.

Au droit romain se rattache la lecture de ses interprètes; mais tout est dit quand on a nommé Cujas, Favre, Doneau, etc., etc. Dans ces derniers temps, il a paru en Prusse un livre qui a eu un succès européen, je veux parler du *Traité de la Possession* de M. de Savigny; c'est un ouvrage de haute portée, dans lequel on admire la connaissance la plus exacte des textes, et la pénétration de l'auteur pour les mettre en lumière par la double autorité de l'analyse et de l'histoire. Je doute néanmoins que ce bel ouvrage puisse exercer une influence réelle sur le droit français et changer quelque chose à nos idées sur la possession, base de la prescription, ainsi que sur les actions possessoires, qui en découlent. M. de Savigny a fait un livre tout romain; il n'a pas voulu dévier de l'horizon de Caïus, d'Ulpien et de Tribonien : le nôtre est fort différent. En passant à travers le

---

critiquer les mauvaises décisions des tribunaux, tout en respectant les bonnes (*infrà*, n° 1012).

moyen âge, le droit français a conquis des développemens originaux dont il s'est fait une propriété trop intime pour les abandonner. Le droit a ses variétés comme les langues ont leurs idiotismes : il n'est pas donné à un type unique de l'emprisonner dans des formes immuables.

Avec les précieux matériaux que je viens de passer en revue, les auteurs du Code civil avaient beau jeu pour traiter la prescription avec toute la perfection désirable. C'est justice de reconnaître que les bases principales de ce titre important ont été choisies avec sagesse et discernement, malgré les tiraillemens des cours d'appel, qui toutes insistaient pour faire prévaloir les données de leur jurisprudence locale. Toutefois, si des grandes masses on passe aux détails, il est certain que des imperfections fâcheuses déparent ce dernier fragment du Code civil. La fatigue commençait à peser sur la longue et laborieuse rédaction du corps de nos lois civiles ; les discussions du Conseil-d'Etat sont écourtées, rares et vides ; les orateurs du Gouvernement et du Tribunat ont hâte d'en finir, et l'on sent que le législateur, succombant sous le poids de son œuvre immense, soupire après l'instant d'arriver au port.

Le titre de la prescription a fait éclore peu d'ouvrages modernes destinés à l'expliquer. Les articles du *Répertoire* et des *Questions de Droit* de M. Merlin qui s'en occupent sont ce que je connais de plus instructif ; je parle de ceux que ce vénérable et profond jurisconsulte a composés lui-même, car je n'accorde pas le même mérite à ceux qui sont signés H., et qui auraient pu tout aussi bien être signés *Dunod*, car ils sont copiés presque mot pour mot dans cet auteur. Mais la science répandue dans un dictionnaire, quelque abondante qu'elle soit (1), peut difficilement épuiser un sujet ; elle est comme une lampe qui, promenée dans les divers détours d'une vaste salle, en éclaire successivement quelques parties isolées, mais laisse les autres dans un jour douteux. Il faut un ouvrage *ex professo* pour faire briller la

(1) Le *Répert.* de M. Favard-Langlade, et surtout celui de M. Dalloz, vo *Prescript.*, méritent une mention très-honorable.

lumière qui, d'un même trait, étend sa clarté vive sur tout l'appartement. Nous en devons un à M. Vazeille, auteur modeste et consciencieux, qui a déposé dans un traité en deux volumes le fruit de plusieurs années de recherches savantes. Quoiqu'il m'arrive souvent de ne pas partager les opinions de M. Vazeille, je reconnais cependant que je lui suis redevable de beaucoup d'aperçus utiles. Il a frayé la route sous le Code civil, et c'est là qu'est le travail difficile; car, quand on arrive ensuite, on trouve les sentiers déjà battus, et il ne s'agit que de choisir. Du reste, ma méthode est différente; je reste fidèle au commentaire; j'attache plus d'importance que mon estimable devancier à la philosophie et à l'histoire; je puise plus largement aux sources; j'emploie des matériaux plus variés; enfin je suis plus indépendant que lui de la jurisprudence des arrêts, vaste arsenal de vérités et d'erreurs, qu'il faut toujours consulter et toujours avoir en défiance. Pour continuer à parler avec la même franchise, je dirai aussi aux amis et aux ennemis des citations que mon commentaire en contient un très-grand nombre, presque toutes latines, et empruntées pour la plupart aux lois romaines et aux auteurs du seizième siècle. C'est de ma part un système auquel je renoncerais difficilement, parce qu'il fait la force de mes convictions et l'indépendance de mes idées. Les personnes qui confondraient cela avec de la diffusion pourront se dispenser de profiter de ces lumières, qui me semblent précieuses, en passant quelques lignes, quelques phrases. C'est le conseil que donnait l'Arioste à des lecteurs dont il craignait la susceptibilité.

Lasciate questo canto, che senz' esso
Puo star l'istoria, et non sarà men' chiara (1).

Quant à ceux qui, plus obligeans, penseraient qu'il y a dans cette abondance de citations une sorte de coquetterie, je puis leur donner l'assurance que je tiens en aussi grande pitié que qui que ce soit la science stérile et affectée. Mais est-ce bien le nom qui convient à des recherches dont le but est de montrer la génération des principes, de joindre à la pratique la théo-

(1) Cant. 28.

rie, qui la rehausse; de faciliter les études de ceux qui ne veulent pas se renfermer dans un point de vue exclusif, enfin de réconcilier notre droit moderne, un peu malade d'atrophie, avec ce que l'ancien a eu de large, d'énergique, de vivifiant? Quel que soit, au surplus, ce nouveau livre que j'ajoute à mes commentaires de la *Vente* et des *Hypothèques*, j'espère que le lecteur y verra avant tout mon dévouement sincère à la science du droit et mon vif amour pour ses progrès. Soldat enrôlé sous son drapeau, je continuerai à le suivre avec constance et affection, acceptant les lumières de tous, profitant de toutes les critiques, prêtant l'oreille à tous les conseils. Lorsque cette pauvre jurisprudence est de jour en jour plus délaissée pour la politique, et plus dédaignée par certains esprits, il y a peut-être quelque mérite à lui consacrer exclusivement son zèle: j'espère que ce sera là mon titre auprès du public, dont j'ai besoin d'invoquer la bienveillante indulgence: *Tiberine pater, te sancte precor, hæc arma et hunc militem propitio flumine accipias* (1).

(1) Tite-Live, 2, 10.

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XX :

DE

LA PRESCRIPTION.

(Décrété le 15 mars 1804. — Promulgué le 25 du même mois.)

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Article 2219.

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi.

SOMMAIRE.

1. Notions sur les fondemens philosophiques de la prescription. Les droits sont éternels. Le temps n'a pas de prise sur eux. La prescription n'est pas une objection contre cette vérité, puisqu'elle a pour base une présomption de renonciation chez celui qui néglige son droit.
2. La prescription est-elle du droit naturel ou du droit civil? Opinions pour et contre. Preuves qu'elle est de droit naturel.
3. Aperçus sur l'origine de la propriété. Elle s'explique par la liberté.
4. L'idée d'un contrat primitif est chimérique.
5. Celle du travail s'exerçant sur la matière légitime bien mieux le droit d'appropriation.
6. La propriété, une fois acquise par l'occupation et le travail, se conserve par la volonté. Erreur de Pascal.

7. Comment se fait-il cependant qu'on la perde par la prescription? Mauvaise solution donnée par Vattel. Division de la question.
8. Examen du cas où le possesseur qui invoque la prescription est de bonne foi.
9. Comment l'erreur finit par devenir dans l'homme une conviction. Celui qui, pouvant la détruire, l'a laissé vieillir et se fortifier chez les autres, doit ensuite la respecter. C'est son devoir. Il ne peut donc plus réclamer l'héritage lorsque, par sa négligence, il a laissé croire de bonne foi qu'il était à autrui.
10. Objection résolue. Conclusion.
11. Examen de la question lorsque la possession a été de mauvaise foi dans l'origine. Tout ce qui est violent dans le principe tend ensuite à se légitimer, tant est grande la puissance du droit.
12. Mais l'usurpation ne peut se légitimer par elle-même; il faut l'intervention d'un élément nouveau pour la dépouiller de son vice.
13. Ici c'est une raison d'utilité publique, qui veut qu'on ne recherche pas avec scrupule ce qui a duré long-temps. Le droit a aussi ses mystères. D'ailleurs, celui qui néglige sa propriété mérite peu d'intérêt; au contraire, celui qui a possédé pendant trente ans mérite d'être amnistié.
14. Combien les hommes attachent de prix à la prescription. Exemples.
15. Historique de la prescription. Droit romain. Usucapion.
16. Prescription dans les provinces; mais peu à peu les deux droits tendent à se confondre.
17. *Quid* des actions réelles et personnelles dans le droit romain?
18. Établissement de la prescription de trente ans sous les empereurs.
19. Prescription de quarante ans et de cent ans.
20. Prescription immémoriale.
21. De la prescription dans les Gaules conquises par les Barbares. Faits historiques.
22. De la prescription par le droit canonique; sa rigueur excessive en matière de bonne foi.
23. Mais cette sévérité n'était pas suivie en droit français.
24. Définition de la prescription par l'article 2219. Péril des définitions. Mot de saint Augustin à ce sujet. Vices de la définition donnée par le Code et par Domat. Nécessité de ne pas laisser enlever au droit son caractère sacré.

COMMENTAIRE.

1. Les droits, considérés dans leur idéal, sont impérissables et éternels, et le temps, qui n'a de prise que

sur ce qui est contingent, ne peut pas plus les ébranler qu'il ne lui est donné de porter atteinte à Dieu même, à ce type universel et pur, dont ils sont le reflet et la manifestation. C'est en s'élevant à cette hauteur que Vico (1) a rappelé cette règle de la jurisprudence transcendante : *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris*. Car le temps ne peut ni commencer ni finir ce qui est éternel et absolu.

Si même de l'idéal nous passons au déterminé, si de Dieu nous descendons à l'homme, nous trouvons que le droit, en se mettant en action entre des êtres finis et imparfaits, n'est pas moins à l'abri des injures immédiates du temps. L'homme vieillit et meurt, mais ses droits lui survivent et forment l'héritage de ses descendans. L'humanité prise en masse a aussi ses droits, et le cours des âges ne saurait les lui ravir. Ce sont là des fragmens de ce droit inaltérable, éternel et divin, tombé dans l'humanité, et qui dureront autant qu'elle.

L'établissement de la prescription n'est pas une objection contre cette vérité consolante, qui, jusque dans l'étude aride de la jurisprudence, nous montre le fil qui unit la créature à la divinité. La prescription, en effet, n'est pas l'ouvrage de la seule puissance du temps; elle prend sa base dans le fait de l'homme, dans la possession de celui qui acquiert, et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété. Le temps n'y intervient que comme mesure des élémens sur lesquels repose ce mode d'acquisition (2).

---

(1) *Science nouvelle*, p. 352.

(2) C'est ce qu'a très-bien aperçu Vico; mais Grotius, malgré l'élévation de son esprit, s'y est laissé tromper. Quand il dit que la prescription, étant basée sur le temps, qui n'a aucune vertu efficiente (*vim nullam effectricem habet*), a dû emprunter le secours du droit civil pour se légitimer, il a pris évidemment un point de départ incomplet et faux (*de Jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 4, n° 1). Voy. *infrà*, n° 24.

2. Ici, l'esprit philosophique s'est posé une question qui ne saurait être passée sous silence, aujourd'hui surtout que toutes les institutions doivent compte de leur légitimité à la raison, et que la vraie philosophie est assez avancée pour croire à quelque chose de plus qu'à une utilité matérielle et passagère. La prescription est-elle une création arbitraire du droit civil, ou bien a-t-elle ses racines dans le droit naturel et dans l'équité? Cette question a divisé les esprits depuis Caïus jusqu'à nos jours. Le jurisconsulte romain lui donne un motif politique, savoir : la nécessité de procurer à la propriété la stabilité et les garanties qui lui sont nécessaires, et d'exciter les citoyens à soigner leurs affaires en bons pères de famille (1). Cujas, en commentant Caïus, la proclame aussi du droit civil (2), et c'est le sentiment de Grotius (3).

D'autres, au contraire, la rapportent au droit naturel (4). Parmi eux je vois avec plaisir Cicéron, dont les ouvrages sont si avancés en philosophie et en morale. Le respect pour les longues possessions lui paraît le résultat de la pure équité (5). J'adopte aussi ce sentiment comme seul conforme à la vérité : mais, par cette adhésion, je n'entends pas me lier à toutes les raisons qu'ont données quelques modernes pour justifier la préférence qu'ils accordent au droit naturel. Dirai-je, par exemple, qu'il est impossible de tomber dans des écarts plus graves que ne l'a fait Vattel, que cependant

---

(1) Bono publico *usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diù et ferè semper, incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (L. 1. D. *de Usucap.*).

(2) Sur la loi précitée.

(3) *Loc. cit.*

(4) Brunemann, sur la loi 1 précitée. Huberus, sur les *Inst.* Dunod, ch. 1. Vattel, liv. 2, ch. 11, nº 141. D'Argentré, sur Bretagne, *des Appropriances.* Protheoria.

(5) *De Officiis*, lib. 2, nºs 22 et 23.

M. Merlin représente comme ayant donné le dernier mot sur la question? Quand, en effet, on voit cet auteur prendre pour point de départ ce prodigieux sophisme : *que la nature n'a pas établi la propriété des biens, et particulièrement celle des terres*, et bâtir sur cette erreur toute sa dissertation, on peut hardiment conclure que la démonstration est incomplète, et qu'elle doit être reprise sur de nouveaux frais. Je vais essayer d'exposer quelques idées plus décisives.

3. L'homme, placé en présence de la matière, a conscience du pouvoir qui lui a été donné sur elle pour satisfaire aux besoins de son être. Roi de la nature inanimée ou non intelligente, il sent qu'il a le droit de la modifier, de la gouverner, de la refaire à son usage. C'est là le sujet de la propriété, qui n'est légitime qu'à la condition de s'exercer sur les choses et jamais sur les personnes.

Quand l'homme porte pour la première fois la main sur un objet sans maître, il s'opère un fait qui, d'individu à individu, a la plus grande portée. La chose ainsi saisie et occupée participe, pour ainsi dire, de la personnalité de celui qui la tient. Elle devient sacrée comme lui-même; on ne peut la lui arracher sans faire violence à sa liberté, et la déplacer sans toucher témérairement à sa personne. Diogène ne faisait qu'exprimer cette vérité d'intuition, quand il disait : *Ote-toi de mon soleil.* Ainsi donc, la liberté, qui conquiert sur la matière le sujet de la propriété, la protége ensuite d'homme à homme, et explique comment elle s'individualise et tombe dans le domaine privé.

Mais combien le droit exclusif produit par la seule occupation ne devient-il pas plus respectable encore quand l'homme a façonné la matière par son travail, quand il a déposé en elle une partie de lui-même en la recréant par son industrie, en la marquant du sceau

de son intelligence et de son activité! De toutes les conquêtes celle-là est la plus légitime : car elle est le prix du travail. Celui qui viendrait ensuite pour s'emparer de la chose ainsi refaite, ainsi humanisée, usurperait l'homme lui-même, et ferait les plus profondes blessures à sa liberté. Je le répète donc, la propriété, c'est la liberté de l'homme exercée sur la nature physique; et là, autant qu'ailleurs, elle a droit au respect de quiconque sent aussi qu'il porte en lui-même un droit à une égale liberté. Quand on discute si la propriété est de droit naturel, c'est comme si l'on demandait si la liberté est l'ouvrage du droit arbitraire!!!

4. On ne saurait assez repousser l'erreur de ceux qui font résulter la société et toutes les institutions qui en découlent d'un contrat originaire. Il n'en est pas de plus dangereuse et de plus antisociale. A quelque époque que l'histoire nous fasse connaître l'homme, dans quelque état de décadence qu'elle nous le montre abaissé, toujours et partout nous trouvons la famille constituée, la propriété reconnue, le gouvernement établi, la société préexistante. Croire que l'homme a pu subsister pendant une période plus ou moins longue hors de la société, c'est comme si l'on croyait qu'il a pu vivre sans les facultés physiques nécessaires à sa vie animale. L'homme, essentiellement social, n'a d'existence possible que dans la société; *il ne peut être entendu*, comme le dit M. Niebuhr, *que né dans l'État* (1).

5. Mais, s'il est impossible d'assister à une époque antérieure à la formation de la société, il n'est pas aussi difficile de trouver, dans les annales du monde, la terre dépeuplée et n'offrant que d'immenses solitudes au premier occupant. Pour me servir d'une

(1) *Histoire romaine*, t. 2, p. 5.

comparaison brillante faite par Cicéron, la terre était alors comme un vaste théâtre, où chaque spectateur prend par l'occupation une place qui lui reste propre (1). Toutefois, il y a un point dans lequel cette comparaison reste au-dessous de la vérité. Le Romain qui allait s'asseoir au Colisée pour assister aux combats des gladiateurs n'avait qu'une détention oisive d'une place, qu'il ne payait même pas. Mais ceux qui s'avancèrent les premiers avec leurs familles dans des régions inconnues et désolées durent s'armer de toute leur force et leur audace pour vaincre une nature ennemie, repousser les bêtes féroces, dessécher les marais, défricher le sol rebelle à la culture, se créer des habitations sûres avant d'être commodes. Ceux-là ne devinrent propriétaires qu'à la sueur de leur front et au péril de leurs jours. La propriété fut pour eux la récompense d'un combat opiniâtre entre la force intelligente et la nature inerte ou brutale. Ils imprimèrent l'effigie de l'homme sur le sol par de durs labeurs, par des luttes souvent sanglantes, toujours accompagnées de dangers et d'efforts énergiques et redoublés; aussi l'imagination poétique des moyens âges a-t-elle fait de ces premiers occupans des êtres surnaturels, qu'elle environna de ses respects, au lieu de leur envier leurs légitimes conquêtes. L'antiquité a chanté Hercule, Triptolème, et autres demi-dieux, qui surent s'asservir la nature par leur force héroïque ou par leurs précieuses inventions. Notre moyen âge a honoré du nom de saints les solitaires qui fécondèrent le sol abandonné du nord et de l'est de la Gaule, et y firent briller les premiers rayons de

(1) *De Finibus*, lib. 3, cap. 20 : « *Quemadmodum, theatrum quum commune sit, rectè tamen dici potest, ejus esse eum locum quem quisque occuparit : sic in urbe mundove communi non adversatur jus quominùs suum quidque cujusque sit.* »

la civilisation, en y déposant les premiers germes de l'esprit propriétaire. Ces hommages spontanés ne sont que l'expression d'un sentiment vrai et naturel à l'homme, d'une conviction partout vivante, savoir, le respect pour le travail : c'est la propriété glorifiée dans ses premières applications et déclarée légitime et sainte par la voix du peuple.

6. Une fois la propriété acquise par l'occupation et le travail, elle s'est naturellement conservée, non-seulement par les mêmes moyens, mais encore par la volonté seule de ne pas l'abdiquer (1) ; car, par cela seul qu'elle s'élève jusqu'à la hauteur d'un droit, il est de son essence de se perpétuer et d'avoir une durée indéfinie, ainsi que je l'ai dit plus haut (2). Les droits sont éternels par eux-mêmes ; ils peuvent s'aliéner par un fait volontaire de l'homme, mais non pas périr par le seul effet du temps (3).

C'est pourquoi nous voyons la propriété passer d'une main à l'autre par vente, échange, donation, et descendre le cours des générations par la puissance du droit de succession, qui n'est autre chose que le droit naturel des parens, comme premiers occupans et premiers placés dans les affections du défunt, de prendre les biens qu'il aurait pu leur remettre de son vivant et que sa pensée leur délègue au moment où il expire (4).

7. Maintenant nous touchons à la question même

---

(1) Sur la puissance de la volonté, voyez mon Comm. *de la Vente*, t. 1, nos 268 et suiv.

(2) No 1.

(3) On trouve cependant le contraire dans l'art. 2219, *infrà*, no 24; mais c'est une hérésie en philosophie et une erreur en fait.

(4) Toutes ces idées ne sont qu'indiquées. Leur développement demanderait un travail à part, qui se rattache naturellement au commentaire sur le titre *de la Propriété*.

L'opinion contraire de Pascal n'est que l'erreur d'un grand esprit (*Pensées*, art. 12).

que nous avons posée; mais c'est pour y trouver une objection empruntée à la théorie dont nous venons d'esquisser les traits principaux. Puisque les droits sont perpétuels, puisque la propriété est sacrée et qu'on ne peut la perdre sans son propre fait, comment se fait-il qu'on arrive jusqu'à sanctionner le droit de celui qui n'est entré en possession que par une véritable usurpation, et qui, s'appuyant sur une occupation vicieuse, prétend rompre le fil de ce qui est, de soi, toujours durable et inamissible?

C'est cette objection que Vattel á cru tourner en écrivant sur le frontispice de sa dissertation que la propriété est de droit civil, et n'est sanctionnée par la loi qu'à certaines conditions qu'elle a pu arbitrairement stipuler. Mais c'est là un faux-fuyant et un mensonge que je repousse de toutes mes forces. Voici la vérité telle que je la conçois.

La possession de celui qui se prévaut de la prescription peut être de deux sortes: elle peut être de bonne foi dans son origine, ou sciemment mauvaise dans son principe. Voyons les conséquences de ces deux positions, et occupons-nous de la première.

8. Le droit ne saurait jamais être séparé de l'idée du devoir. Comme les hommes sont égaux, il faut nécessairement, pour que l'équilibre subsiste entre eux, que chacun respecte dans son semblable les droits qu'il veut qu'on respecte en lui. Le devoir, c'est l'idée du droit d'un autre envers nous. C'est aussi l'idée du respect que les autres doivent avoir pour le droit dont nous jouissons. Si l'homme ne subissait pas la loi du devoir, le monde serait livré à la force, seule appelée à décider entre plusieurs droits égaux aux prises les uns avec les autres. La violence gouvernerait la société par sa puissance aveugle. Disons mieux, la société serait impossible; elle manquerait d'une de ses condi-

tions; l'homme serait autre que ce que Dieu l'a fait, c'est-à-dire sociable et créé pour une réciprocité de droits et de devoirs qui découlent à la fois de la liberté et de l'égalité naturelles.

Il suit de là que, d'individu à individu, il n'y a pas de droit parfaitement absolu. Tous les droits, soit d'un homme, soit de tous, sont limités par un corrélatif; et quiconque refuse de subir la loi du devoir, qui restreint sa liberté afin d'assurer celle des autres, s'expose à la perte de son droit.

Ces principes sont l'explication de l'établissement de la prescription au profit du possesseur de bonne foi. Voici comment.

9. Dans les choses les plus positives, l'homme ne peut résister aux influences des illusions et de l'erreur. Sans être de la force de cet Athénien qui s'imaginait que tous les vaisseaux qui entraient dans le port du Pirée lui appartenaient, on peut se persuader de très-bonne foi qu'on a des droits de propriété sur une chose qui est dans le domaine d'autrui. Un déplacement dans les limites, une confusion dans les noms, la fausse interprétation d'un titre, mille causes diverses qu'il est plus facile d'embrasser d'un coup-d'œil que de décrire en détail, font naître des prétentions qui ont pour elles l'apparence de la légitimité, si elles n'en ont pas le fondement. A mesure que ces prétentions s'éloignent du point initial qui les a vu naître, elles s'enracinent, elles se fortifient, elles deviennent une conviction intime et de plus en plus irréprochable. Puis, elles servent de base à des contrats avec des tiers. Ceux-ci les acceptent comme des droits incontestables, puisqu'ils ne sont pas encore contestés. On achète, on revend, on constitue des dots; on fait des améliorations, des entreprises importantes, des travaux dispendieux; on fonde des familles nouvelles; on assied son avenir et

celui de ses enfans sur ces bases, équivoques peut-être, mais dont il n'est pas donné à la perspicacité humaine de deviner la fragilité à travers le prestige extérieur et le vernis de bonne réputation qui dissimulent leurs défauts cachés. A son point de départ, l'erreur était excusable, mais non pas irréparable. En faisant du chemin, en passant de degrés en degrés et en vieillissant, elle a tellement revêtu les couleurs de la vérité, elle a parlé si haut le langage du droit, elle a rallié à elle tant d'intérêts confians, que l'on peut se demander s'il n'y aurait pas une plus grande perturbation à rentrer dans la sincérité des choses qu'à sanctionner les fictions qu'elle a semées sur son passage.

Eh bien ! oui, il faut le dire sans hésiter, le remède serait plus désastreux que le mal, et l'application qu'on en ferait conduirait aux plus criantes injustices.

Si le véritable propriétaire eût élevé la voix en temps opportun, l'erreur aurait été arrêtée dès ses premiers pas; un mot de sa part aurait suffi pour faire tomber les illusions et signaler le vice inaperçu d'une position qui ne se connaissait pas elle-même. Mais, au contraire, son silence a été obstiné; il a laissé un cours paisible à de loyales possessions; il est resté muet devant des titres en qui les tiers ont dû voir un principe légitime de droit; il a encouragé leur bonne foi et fortifié leur confiance dans ce qu'il y a de plus respectable aux yeux des hommes, savoir, une jouissance sans trouble, accompagnée d'un titre apparent et coloré. C'est à l'aide de cette confiance et de cette bonne foi, longuement entretenues, que des établissemens se sont formés avec la pensée de leur durée, que des trésors ont été dépensés, que des liens nombreux se sont étendus en sens divers, et que des intérêts sacrés ont pris racine sur ce sol dont on voudrait aujourd'hui les exclure. Dans ces

circonstances, il est clair que le droit nominal de propriété qu'on met en avant pour obtenir une dépossession subversive doit échouer dans ses tardives réclamations. Le droit ne va jamais sans un devoir qui le limite; or, le devoir du demandeur était de ne pas laisser le possesseur dans sa bonne foi; il devait lui dessiller les yeux, sous peine de ressembler à celui qui refuse d'indiquer sa route au voyageur égaré. En ne le faisant pas, en le laissant consumer ses forces, son avenir, ses épargnes, sur cette terre qu'il prétend aujourd'hui lui ravir, il lui a causé un préjudice dont il faut qu'il l'indemnise. Mais quelle sera l'indemnité qui compensera la dépossession? Faudra-t-il que le détenteur déchire ses titres, s'arrache à ses foyers et dise adieu au champ qui était devenu le centre de ses affections, sauf à recevoir un dédommagement pécuniaire inégal, et incapable de réparer la perte de tout un avenir? A quoi bon tous ces détours d'actions, lorsque le remède est là sous la main, lorsque l'équité dit hautement à ce demandeur tardif :

« Cet héritage, que vous avez négligé et répudié, « abandonnez-le définitivement à celui qui, mieux que « vous, peut en être appelé le maître; car, par votre « longue patience du droit d'autrui, vous l'avez autorisé « à s'en croire propriétaire. Possesseur paisible, il a « cultivé, amélioré, avec une conscience de son droit « que votre abandon a consacrée. C'est à lui que doit « rester la chose : elle a été consolidée entre ses « mains par son titre, par son travail, par votre long « acquiescement. Sa jouissance est votre ouvrage; sa « conviction est votre fait : ce n'est pas à vous à les « troubler. »

10. Si le propriétaire nominal objectait qu'il a été lui-même dans l'ignorance de son droit, sa prétention n'en deviendrait pas meilleure. Cette ignorance,

en effet, prendrait sa source dans une incurie répréhensible, et l'oubli de ses propres affaires n'est excusable qu'autant qu'il ne réfléchit pas sur autrui. Mais ici, combien de droits étrangers ont pris naissance à la faveur de ce long sommeil du père de famille négligent? Dans la société, une place ne saurait rester vacante impunément; l'homme nouveau y surgit au lieu de l'homme ancien qui s'efface ou qui s'en va; il y apporte son existence; il s'y incorpore tout entier, et se dévoue à ce poste qu'il trouve abandonné. Est-ce donc à celui qui déserte à disputer la victoire au soldat qui lutte à la sueur de son front et supporte le poids du jour pour une cause qu'il croit juste?

Ces considérations sont, je crois, suffisantes pour nous montrer tout ce qu'il y a d'équitable et de rationnel dans le principe de la prescription. Que le droit arbitraire soit intervenu ensuite pour déterminer la mesure du temps au bout duquel se trouve la déchéance, c'est ce qui était nécessaire pour tenir en éveil la prudence des citoyens et pour donner à tous une règle uniforme. Mais le droit civil n'a fait que travailler sur des notions préexistantes : le droit naturel avait parlé avant qu'il songeât à codifier.

11. Mais est-il aussi facile de rapporter au droit naturel la prescription établie au profit de celui dont la possession a été de mauvaise foi dans l'origine?

Ici, des considérations d'un autre ordre élèvent la voix, et modifient les idées que nous venons d'exposer.

Par elles-mêmes, l'injustice et la violence ne sauraient rien fonder; leurs actes sont frappés d'impuissance et d'illégitimité; ils ne peuvent rien contre le droit.

Mais tel est le sublime ascendant du droit, que ceux-là même qui le méconnaissent cherchent aussitôt à s'en rapprocher, tant ils sentent que lui seul a

le pouvoir de consolider les choses humaines. L'usurpateur, en présence de sa conquête, s'empresse de se livrer au travail, qui l'utilise, de payer les charges dues à l'État, de remplir les devoirs du bon voisinage envers ceux qui confinent avec lui. C'est au travail qu'il en appelle pour se donner au moins une apparence de droit sur ce champ qu'il cultive pendant que le véritable maître semble l'abandonner; c'est par la conduite d'un père de famille diligent qu'il veut purger le vice originaire de sa possession. D'un côté se trouve placé un droit qui semble s'oublier et s'abdiquer; de l'autre, un fait qui aspire à devenir droit; ici, un principe inerte et oisif; là, une activité profitable à l'État : décadence d'une part, progrès de l'autre. Dans cet état de choses, l'offense originaire faite à la loi perd de jour en jour de sa gravité; elle s'efface peu à peu du souvenir des témoins contemporains, et une légitimité apparente et putative colore la possession longuement tolérée.

12. Néanmoins, cette apparence extérieure de légitimité ne saurait militer assez puissamment contre le droit violé, pour pouvoir par elle-même l'annuler. Le véritable propriétaire, en se tenant à l'écart par une longue retraite, n'a pas fait à son usurpateur un tort aussi grand que celui que ce dernier lui a causé en s'emparant de sa propriété par des moyens illicites. Si l'opinion publique a oublié le méfait, ce n'est là qu'une circonstance accidentelle, incapable de changer entre les parties les termes de la question; car la cessation du scandale n'a pas fait cesser l'usurpation. D'ailleurs, on ne peut concevoir que ce qui dans l'origine est vicieux se métamorphose en droit par sa propre énergie; il faut nécessairement qu'un fait étranger vienne s'y mêler pour le régulariser et lui faire prendre place parmi les droits. Tout à l'heure, en examinant la po-

sition du possesseur de bonne foi, nous trouvions que le fait qui purifie sa jouissance équivoque, c'est le tort que lui a causé le vrai propriétaire, en lui laissant ignorer son droit. Ici, on ne peut, d'après la logique naturelle, faire le même reproche au propriétaire, et la mauvaise foi du détenteur est toujours plus coupable que la négligence du maître légitime. Où donc peut-on trouver, dans les positions respectives des parties, ce grave incident qui opère le passage du fait au droit? L'analyse la plus exacte ne peut l'y saisir. Et cependant il faut l'avoir de toute nécessité; car, de même qu'une plante sauvage resterait toujours telle, si la main de l'homme ne s'en emparait pour la modifier par la culture, de même le fait violent ou illicite dans son berceau ne saurait arriver à la légitimité que par le secours d'un élément nouveau qui s'y mêle, le transforme et l'épure.

13. Les rapports nécessaires des parties étant donc insuffisans pour donner la cause de la prescription au profit du possesseur de mauvaise foi, il faut s'élever à des rapports plus généraux et consulter le droit conventionnel, qui, par des raisons d'utilité publique, crée souvent des droits et des devoirs qui n'ont pas leur fondement dans le droit naturel. C'est là, et pas ailleurs, que réside le principe qui, après une épreuve de trente ans, donne accès parmi les droits légitimes au fait primitivement vicieux de celui qui n'a pas été inquiété pendant ce délai.

Si l'on porte son attention sur les nécessités de l'ordre public, on se convaincra qu'il y a un terme au-delà duquel il serait dangereux de demander compte aux citoyens de l'origine de leur fortune et de leur condition. Pascal a dit admirablement, en parlant des institutions civiles et politiques (1) : « L'art de boulever-

(1) *Pensées*, art. 6, nº 9.

« ser les états est d'ébranler les coutumes établies, en « sondant jusque dans leur source, pour y faire re- « marquer leur défaut d'autorité et de justice. Il faut, « dit-on, recourir aux lois fondamentales et primitives « de l'État, qu'une coutume injuste a abolies; mais « c'est un jeu sûr pour tout perdre; rien ne sera juste « à cette balance. » Or, cette grande vérité s'applique avec autant de force à la propriété privée qu'aux lois d'un État. Le moyen le plus assuré d'anéantir les droits de chaque particulier, ce serait de remonter à leur principe; les titres peuvent s'être perdus, le temps a pu faire oublier la vraie situation des choses; l'erreur et la confusion ont pu prendre la place de la vérité (1). Par une recherche scrupuleuse du passé, il n'y aurait plus rien de certain, et la société, loin d'être un état de sécurité et de protection, ne serait que l'absence de toute garantie et une source permanente d'inquiétude. Par cela seul qu'une position civile a duré long-temps, il faut qu'elle soit respectée; par cela seul qu'une possession est demeurée paisible pendant une longue suite d'années dans les mêmes mains, il faut que les investigations s'arrêtent devant elle. Son antiquité est le fondement sur lequel elle reposera (2) : il sera défendu de s'enquérir de son commencement, car le droit a aussi ses mystères, et il y a des secrets qu'il défend de pénétrer. Consacrée par le temps, la propriété sera par cela même réputée légitime et authentique, par une sorte de fiction mystique que conseille l'intérêt public. Sans doute l'usurpation sera quelquefois à sa racine; mais, pour guérir une blessure, il faudrait tenir en alarme la société tout entière, *et rien*

---

(1) *Propter vitandam longi temporis errorem et confusionem. Decretales*, lib. 2, t. 26, cap. 5.

(2) C'est ce qui fait dire à Loisel : *Ancienneté a autorité*, liv. 5, t. 3, nº 1.

ne serait si fautif que la loi qui redresserait une telle faute. J'emprunte les paroles du grand Pascal (1).

La loi positive a donc raison de demander ici un léger sacrifice à la loi naturelle. Ce sacrifice est d'autant moins coûteux que le propriétaire nominal, contre lequel il s'agit de se prononcer, a poussé la négligence jusqu'à ses dernières limites, et que son silence peut être assimilé à un acquiescement. *Taciturnitas et patientia consensum imitantur*, disent avec vérité nos maîtres en jurisprudence (2); la loi s'empare donc de ce silence; elle y trouve un principe d'amnistie qu'elle proclame en faveur de celui qui, pendant trente années non interrompues de travail, d'activité, et peut-être d'inquiétudes, a suffisamment expié la violation d'un droit qui n'a pas réclamé : elle interprète cette longue patience du maître par une présomption qui n'a rien de forcé, et qui tourne au profit de la propriété, qu'elle rend plus ferme et plus stable. Tout doit avoir une fin, et l'État est intéressé à ce que les droits ne restent pas trop long-temps en suspens (3).

14. Ces vérités ne sont jamais plus sensibles qu'aux époques où des crises violentes ont agité la société. Après les troubles de Sicyone, Aratus, malgré son désir de rétablir les exilés dans leurs biens, s'arrêta devant le cri public, qui demandait le maintien de possessions d'un demi-siècle (4). Dans la France du moyen âge, lorsque les Anglais furent chassés des provinces qu'ils avaient si long-temps occupées par les armes et régies par leurs officiers, la commune opinion fit maintenir et consolider les dotations qu'ils

---

(1) Pascal, *loc. cit.*

(2) Cujas, sur la loi 4, D. *de acq. Possess.*

(3) *Usucapio damno est dominis*, dit Cujas, BONO REIPUBLICÆ. Sur la loi 1, D. *de Usucap.*

(4) Cic., *de Officiis*, lib. 2, cap. 23.

avaient faites aux églises, et les innombrables et anciennes transactions dans lesquelles ils avaient été parties (1). De nos jours, chacun de nous a pu juger de l'effroi causé par l'idée, vraie ou fausse, que la restauration voulait revenir sur les aliénations de biens confisqués par l'État. Si même de ces terribles évènemens qui révolutionnent la propriété et les empires (2), nous passons à des accidens moins graves et plus ordinaires, nous pourrons encore apprécier ce qu'il y a de prudence dans le principe de la prescription trentenaire. En Lorraine et dans d'autres provinces de France, la recherche des biens domaniaux, après des siècles de possession, a été l'occasion de murmures éclatans et de craintes multipliées, quoique dans l'origine les aliénations des domaines n'aient été que le fruit de l'obsession et de l'avidité des courtisans. C'est donc avec raison que Cassiodore a appelé la prescription la patrone du genre humain : *patrona generis humani* (3). Il est vrai que, dans quelques circonstances, elle peut venir au secours d'un débiteur de mauvaise foi, et mériter l'épithète d'*impium præsidium*, que Justinien lui donnait dans une boutade de ferveur religieuse (4). Mais presque toujours elle est la plus ferme sanction de la propriété ; elle assied la société sur des bases

(1) D'Argentré, *des Appropriances*. Prolheoria, n° 9.

(2) Loyseau invoque aussi la prescription en politique, comme moyen de purger les vices de l'origine du pouvoir (*Seigneuries*, ch. 2, n° 87). Cette pensée n'est peut-être pas bien juste, puisque le droit public ne saurait périr par la prescription, et qu'il n'est pas permis d'acquérir, par ce moyen, ce qui n'est pas de nature à tomber dans le domaine de la propriété privée. Il serait plus exact de dire qu'une longue possession est un indice de l'acquiescement public, et que le laps de temps procure *pompe* et *révérence*, comme dit Pascal, *loc. cit.*

(3) Godefroy, sur la loi 1, C. *de Præscript.* 30 *vel* 40 *annor.*

(4) Novel. 9. D'Argentré lui fait un grand reproche d'avoir laissé échapper ces mots (*des Appropr.*, préface, n° 9) : mais ils sont vrais quelquefois.

inébranlables, et elle mérite qu'on dise d'elle, avec Cicéron : *finis sollicitudinis ac periculi litium* (1).

15. Après avoir recherché le principe et la nature de la prescription, je dois esquisser les traits principaux de son histoire (2).

Par la loi des Douze Tables (3), celui qui avait possédé un fonds de terre pendant deux ans, et un meuble pendant un an, en devenait propriétaire, par un mode d'acquisition appelé, dans la langue du droit romain, *usucapio*. Ce temps avait paru suffisant pour que le propriétaire diligent pût veiller sur la conservation de son patrimoine, *ad inquirendas res suas* (4). A cette époque, les domaines fonciers n'étaient pas considérables (5); le mouvement dans la propriété était peu rapide, les déplacemens rares et la vie sédentaire. Le temps restreint qui conduisait à l'usucapion était donc en rapport avec un horizon si borné (6).

---

(1) *Pro Cæcinâ*, n° 26.

(2) Domat a remarqué que la prescription n'avait pas lieu dans la loi hébraïque, puisque cette loi défendait les aliénations perpétuelles, et n'autorisait que les aliénations de jouissance pendant un certain temps (Lois civiles, liv. 3, t. 7, sect. 4). Domat, enclin à se laisser dominer par les idées théocratiques, admire cette loi *si sainte*. Nous aimons mieux dire avec Melanchthon : « Nous sommes convaincus que les pré-« ceptes de morale contenus dans les écrits des savans, et puisés par ceux-« ci dans les lois du sens commun et l'observation de la nature, ne sont « pas moins d'une origine divine que ceux consignés sur les tables de « Moïse. Jamais Dieu n'a pu prétendre que nous dussions préférer des « lois écrites sur le marbre à celles qu'il avait gravées de sa propre main « dans nos cœurs. »

« *Proindè sic statuimus, nihilominùs divina præcepta esse quæ a sensu communi et naturæ judicio mutuati docti homines gentiles litteris mandarunt, quàm quæ exstant in ipsis saxeis Mosis tabulis. Neque ille ipse cœlestis Pater pluris a nobis fieri eas leges voluit, quàm quas in ipsos animorum nostrorum sensus impresserat.* »

(3) Table 6. Les Grecs connurent aussi la prescription (d'Argentrée, *des Appropriances*, préface, n° 8).

(4) Caïus, *Inst.* 2, 44, l. 1, D. *de Usurp.* Justinien, *Inst.*, *de Usucap.*

(5) M. Niebuhr, *Hist. rom.*, t. 2, p. 331 et 333.

(6) Gibbon, t. 8, p. 266.

d'ailleurs, un motif politique avait dominé le législateur; il avait voulu stimuler l'esprit de propriété et la vigilance des citoyens. L'usucapion convertissait la possession en domaine légitime; elle était rangée parmi les moyens d'acquérir la propriété romaine, de même que la mancipation. Elle donnait ouverture au droit de revendication, qui est la sanction du droit de propriété (1).

L'usucapion, quoique pouvant s'étendre aux choses *mancipi et nec mancipi* (2), n'était pas applicable aux immeubles situés hors de l'Italie (3); mais on pouvait acquérir par l'usucapion les meubles situés en province. Toutefois, comme le remarque Caïus (4), ce moyen était fort difficile, car il fallait que la chose acquise n'eût pas été volée, ou enlevée de force par l'un des possesseurs intermédiaires (5).

16. Était-ce à dire que les immeubles situés hors de l'Italie, et possédés pendant un certain temps avec bonne foi, fussent perpétuellement exposés à être revendiqués? Non, sans doute. Après une possession de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens, avec bonne foi, le possesseur était à l'abri de toute recherche (6). Mais il n'avait qu'une simple exception, qu'on appelait *prescription* (7) dans l'origine; il ne pouvait intenter l'action directe en revendication; car, aux yeux du droit civil, il n'était pas propriétaire.

---

(1) *Voy.* M. Hugo, *Histoire du droit romain*, t. 1, p. 137.

(2) Caïus, *Inst.* 2, 43.

(3) Caïus, *loc. cit.*, n° 46.

(4) N° 50.

(5) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 135. M. Ducaurroy, t. 1, p. 375 et 376.

(6) Diocl. et Maxim., l. 2, 3, 9, C. *de Præscrip. longi temp.* M. Hugo, t. 1, p. 381.

(7) Prescription et exception sont souvent synonymes; mais le mot *exception* a plus d'étendue. Il est le genre; la prescription est l'espèce. Connanus, lib. 3, cap. 11, n° 3, p. 191, col. 2. Cujas sur le C. *de Præscript. longi temp.* t. 1, § *penult.* D. *de Aquâ pluv.*

Néanmoins, du temps d'Ulpien, la prescription avait acquis une prérogative qui la rapprochait de l'usucapion. Le possesseur pouvait exercer l'action utile pour recouvrer la chose (1). Ainsi les deux droits tendaient à se confondre ; il n'y avait entre eux de différence essentielle que celle des délais. Les autres nuances pâlissaient de jour en jour (2). Aussi Justinien les réunit-il l'un à l'autre, et, donnant la préférence à la prescription, comme plus équitable et moins rigoureuse, il fit disparaître d'anciennes et inutiles subtilités (3). La prescription des immeubles s'obtint donc par dix et vingt ans avec bonne foi ; et celle des meubles, qui, d'après l'ancien droit sur l'usucapion, était d'un an en Italie et ailleurs, fut prorogée à trois ans (4).

Quelle est l'origine de cette prescription de dix et vingt ans, qui, dans le principe, apparaît dans un rang secondaire, et se pose en présence de l'usucapion, pour reproduire l'antagonisme que nous trouvons partout, chez les Romains, entre le droit civil et un droit moins sévère et plus humain ?

Nous n'avons à cet égard que des données fort obscures. Les sources manquent et la critique ne peut que tâtonner. Pothier pense que c'est au droit prétorien que l'on en doit l'introduction (5). Connanus (6) croit en trouver le germe dans le droit ancien, qui éteignait les

---

(1) L. 10, D. *Si servit. vindic.* M. Ducaurroy, t. 1, p. 372. Cujas, sur le titre du C. *de Præscript. longi temp.*

(2) Cujas les a signalées (sur le titre du C. *de Præscript. longi temporis*). *Junge* M. Ducaurroy, t. 1, p. 372.

(3) C. *de Usucap. transf.*

(4) Comme Cujas l'observe, en effet, avant Justinien, la prescription n'avait pas lieu pour les meubles, parce qu'ils étaient soumis à l'usucapion (*Loc. cit.* et l. 2, C. *In quibus casibus cessat longi temporis præscriptio*).

(5) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 132, tit. 3, n° 1. *Junge* M. Ducaurroy, t. 1, p. 371, n° 462.

(6) Lib. 3, cap. 11, nos 3 et 4.

actions réelles par le laps de dix et vingt ans (1), et il conjecture que c'est par imitation de cette règle que les prudens étendirent aux domaines situés hors de l'Italie la prescription décennale.

17. Quant aux actions, on faisait une distinction entre les actions personnelles et les actions réelles.

Dans les principes du pur droit romain, les premières étaient imprescriptibles (2). On avait probablement considéré que la négligence du créancier n'était pas un obstacle à la culture des terres et ne jetait pas d'incertitude sur la propriété (3). On ne voulait pas d'ailleurs donner un encouragement à celui qui trahissait sa foi.

Quant aux actions réelles, comme je l'ai dit au numéro précédent, elles se prescrivaient par dix et vingt ans. Celui qui pendant ce temps jouissait de la chose pleinement et librement trouvait dans sa longue possession une fin de non-recevoir contre les prétentions de ceux qui voulaient ensuite la grever de quelque charge (4).

18. Mais une grande innovation s'opéra sous les empereurs (5); ce fut l'établissement de la prescription de trente ans, qui couvrit d'un voile protecteur les possessions sans titre ou vicieuses, s'opposa à la recherche des propriétés au-delà de trente ans, et limita à ce délai la durée des actions perpétuelles (6).

Elle doit son origine au grand Théodose (7); et

---

(1) *Inst.*, l. 8. C. *de Præscript.* 30 *annor.*

(2) Diocl. et Maxim., l. 5, C. *Quibus non objicitur longi temp. præscriptio.*

(3) Caïus, 4; Com. 110. Connanus, lib. 3, cap. 11, nº 6. Cujas, sur le tit. du C. *In quibus casibus cessat. Infrà*, nº 84.

(4) Cujas, sur le tit. du C. *In quibus casibus cessat*, l. 8. C. *de Præscript.* 30 *annor.* Connanus, lib. 3, cap. 11, nº 4.

(5) Connanus, *loc. cit.*

(6) L. 3, C. *de Præscript.* 30 *annor.* Pothier, t. 3, p. 157, note (*a*).

(7) Cujas, sur le tit. du C. *de Præscript.* 30 *vel* 40 *annor.*, a éclairci ce point.

Valentinien a rendu hommage à l'utilité de cet établissement, en disant : *Humano generi, profundâ quiete, prospexit* (1). Cujas pense, du reste, que la constitution de Théodose-le-Grand ne fut pas publiée dans les Gaules du vivant de ce prince, et qu'elle y demeura inconnue jusqu'à Valentinien (2). La prescription dont il s'agit ne donnait qu'une exception pour repousser le propriétaire qui avait négligé de réclamer sa chose pendant un si long temps. Si le possesseur venait à la perdre, il n'avait aucune action pour la recouvrer (3).

19. Sous les empereurs, les Romains connurent aussi la prescription de quarante ans, qui atteignait les droits qui échappaient à la prescription trentenaire (4), ainsi que la prescription de cent ans, établie par une faveur spéciale au profit de l'église (5).

20. Enfin, le droit des Pandectes contient des traces de la prescription immémoriale. Il en est question dans un texte de Pomponius, qui fait la loi 3, § 4, D. *de Aquâ et aquæ pluviæ arcendæ*. Ce jurisconsulte nous apprend qu'une possession dont l'origine se perd dans la nuit des temps faisait acquérir un droit de prise d'eau sur une rivière publique. Paul enseigne aussi (6) que des ouvrages *quorum memoriam vetustas excedat* pouvaient assujétir le fonds inférieur au fonds supérieur (7).

---

(1) *Voy.* sa Novelle *de 30 annor. Præscript.*

(2) *Loc. cit.*

(3) L. 8, C. *de Præscript.* 30 *annor.* Pothier, t. 3, p. 158. M. Ducaurroy, t. 1, p. 391.

(4) Anastase, loi 4, *Omnes* C. *de Præscript.* 30 *vel* 40 *annor.* Connanus; *loc. cit.*

(5) L. *ult.* C. *de Sacrosancti eccles.*, et novel. 9.

(6) L. 2 et 23, § 2, D. *de Aquâ pluviæ.*

(7) *Voy.* Connanus, lib. 4, t. 12, nº 17. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 258, nº 24 (on y trouvera plusieurs textes réunis), ainsi que t. 3, p. 22, nº 15, et p. 23, nº 22.

21. Si de l'empire romain nous passons dans les Gaules conquises par les Barbares, nous y trouvons la prescription en pleine vigueur, et donnant une certaine fixité à la propriété à une époque de violence, de désordres et d'instabilité. L'église et les vaincus s'en faisaient un moyen pour conserver leurs domaines, sans cesse menacés. Par la constitution de Clotaire Ier, rendue vers l'an 560, l'église, les ecclésiastiques et les *provinciales*, c'est-à-dire les Romains, pouvaient se défendre contre toute revendication par la prescription de trente années (1). Il semblerait, au premier coup-d'œil, que cette prescription fut aggravée par la nécessité d'un juste titre : *Intercedente tamen justo possessionis titulo;* mais cette addition paraît avoir été faite plutôt par ignorance que volontairement (2).

Une constitution de Childebert, roi d'Austrasie, rendue vers 595 (3), établit une nouvelle espèce de prescription, mais qui a sa source dans le droit romain. La propriété d'un immeuble se prescrivait par dix ans si le propriétaire avait son domicile dans la juridiction du *dux* ou du *judex* où l'immeuble est situé; par trente ans dans le cas contraire (4).

L'appendice d'un capitulaire de Worms de 829 pose en règle générale la prescription de trente ans, et en fait une application spéciale à la prescription des colons (5).

Après que Charlemagne eut conquis sur les Maures

(1) *Constit. de Clotaire*, 1. Baluze, t. 1, p. 7 et suiv. C. 13.

(2) M. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 2, p. 76 et 77, note 40.

(3) Baluze, t. 1, p. 17.

(4) M. de Savigny, p. 78, *loc. cit.*

(5) Baluze, t. 1, p. 673 et 674. M. de Savigny, *loc. cit.* — *Junge* la 4e addition à la collection de Benoît, no 171.

la Marche d'Espagne, ou la province située entre les Pyrénées et l'Ebre, on y avait vu arriver de l'Espagne maure une foule de chrétiens fugitifs qui venaient demander la concession des déserts récemment conquis, pour les mettre en culture. Charlemagne leur avait accordé quelques diplômes, et ils avaient été mis en possession de terres qu'ils avaient défrichées ; mais les comtes les opprimaient, et cherchaient, par mille vexations, à les déposséder. L'empereur fut obligé d'intervenir pour protéger ces hôtes laborieux, et il ordonna à ses délégués de les faire jouir en paix, et sans aucune redevance, des terrains qu'ils avaient occupés pendant trente ans. Ainsi donc, c'est dans la prescription que ce prince allait chercher une barrière pour comprimer la violence et protéger le travail (1).

Du reste, la prescription se trouve également rappelée dans les sources romaines qui nous sont restées de cette époque, où la population gauloise conservait encore ses lois et sa langue en présence des vainqueurs.

Le recueil des formules d'Auvergne parle de la prescription des droits successifs par trente ans (2); le *Petri exceptiones*, composé dans le territoire de Valence, en Dauphiné, pour guider le vicarius Odilon dans l'exercice de sa magistrature (3), confirme la théorie du droit romain sur la prescription des meubles par trois ans, et des immeubles par dix, vingt et trente ans.

22. Le droit canonique s'empara de la prescription pour consolider les biens des églises et des particu-

---

(1) Voy. *Capitul.*, t. 1. M. Sismondi, t. 2, p. 440.

(2) M. Savigny, t. 2, p. 105.

(3) *Id.*, p. 113, 114, et *Appendix*, p. 362, cap. 9 et 10. M. Savigny croit qu'il a été composé vers le XIe siècle. Voy. *infrà*, no 847.

liers (1); il déclare que la prescription trentenaire est autorisée par les sanctions des saints pères, car elle a été introduite *propter vitandum miserorum segnitiam et longi temporis errorem et confusionem* (2); il décide qu'une possession paisible de trente ans peut faire acquérir à l'église la chose appartenant à un particulier (3). Il ratifie la disposition du droit des empereurs romains qui ne permettait de prescrire contre l'église romaine que par cent ans (4); mais il introduit une grande innovation, c'est que nulle prescription ne peut valoir ni dans le for ecclésiastique, ni dans les tribunaux civils, si elle n'est accompagnée de bonne foi pendant tout le temps de sa durée (5). Aux yeux de la conscience, cette décision est sans doute irréprochable, et il est possible que momentanément elle ait été un frein pour les violences et les usurpations qui caractérisent l'époque féodale. Mais, sous d'autres rapports, elle était féconde en inconvéniens. Elle ouvrait une arène de procès et une source d'inquiétudes; elle ébranlait la propriété et le repos des familles. Le législateur ne doit pas se montrer trop casuiste.

23. Aussi, malgré la prétention d'Innocent III d'imposer sa constitution aux relations de la vie civile, elle ne fut pas observée en France, et presque toutes les coutumes donnèrent la préférence à la législation des empereurs romains, et défendirent de rechercher si la possession avait été de bonne ou de mauvaise foi

---

(1) *Decret. Greg.*, lib. 2, t. 26, *de Præscript.*, cap. 3. *Junge, decreti secunda pars, causa* 16, cap. 3, p. 686.

(2) *Id.*, cap. 5.

(3) *Id.*, cap. 3.

(4) *Loc. cit.*, cap. 13 et 14.

(5) C. 5 : *Alexander III*, anno 1180. C. 20 : *Innocens III*, anno 1216.

chez celui qui avait possédé pendant trente ans (1). Ainsi, le droit civil se prononça pour l'intérêt public, et la question n'eut plus d'intérêt que sous le rapport religieux.

24. Après ces observations préliminaires sur les fondemens de la prescription et sa manifestation historique dans le droit (2), occupons-nous de son but et de sa portée.

---

(1) Dunod, *Prescript.*, p. 42. Henrys, t. 2, liv. 4, quest. 77. D'Argentrée, art 269, v° *Dol* ou *Fraude*, n° 7. Bacquet, *Droit de justice*, ch. 21, n°s 185 et 186. Coquille, sur *Nivernais*, t. 36, art. 1. Brodeau, sur l'art. 18 de la cout. de Paris. Delaurière, sur Loisel, liv. 5, n° 20.

(2) J'aurais voulu pouvoir faire connaître le droit que suivent sur cette matière les diverses nations de l'Europe; mais des matériaux certains me manquent. Espérons que la *Revue étrangère*, publiée par M. Fœlix, viendra au secours de ceux qui aiment à agrandir la jurisprudence par l'étude du droit comparé. Je me bornerai à donner quelques notions sur la législation anglaise, en fait de prescription. Je les puise dans un ouvrage intitulé : *Règles du droit anglais*, et composé par l'un de mes meilleurs amis, M. Daligny, conseiller à la cour royale de Grenoble, magistrat d'un mérite très-distingué. « Toute action en re« vendication d'un immeuble ou relative à un droit immobilier se prescrit « *par vingt ans*. — Cette prescription ne court pas contre les mineurs, « les femmes en puissance de mari et les absens du royaume. Mais ils « doivent agir dans les dix ans à partir de l'époque où ils ont été jouis« sant de leurs droits. — Toutes actions personnelles et mobilières, « toutes obligations par simples billets, tous billets et lettres de change, « demandes en compte entre particuliers *non marchands* et arrêtés « de compte entre toutes personnes, se prescrivent *par six ans*. — Les « actions *privées* résultant de *délits* et *quasi-délits* se prescrivent *par* « *quatre ans*. — Sont exceptés de la prescription de six ans les actions « résultant des contrats de dépôt, des testamens et des dispositions « pieuses. — Elle ne s'applique point, non plus que celles de quatre « ans, aux matières qui sont du ressort des tribunaux d'exception, tels « que les cours ecclésiastiques, les amirautés, etc., *où l'on suit celles* « *établies par le droit romain*. Néanmoins, par une disposition spé« ciale, la prescription de six ans a été étendue aux actions pour gages « des matelots. — Les obligations résultant d'actes authentiques, et cel« les non comprises dans les termes de statut, ne se prescrivent *que* « *par vingt ans*. — Les prescriptions établies par le statut cessent pour « le passé et recommencent à courir du moment où il est intervenu « une promesse, reconnaissance ou aveu de la dette, de la part du dé« biteur. — Elles ont aussi été considérées comme interrompues durant

L'article 2219 en donne la définition suivante : « La « prescription est un moyen d'acquérir ou de se libé« rer PAR UN CERTAIN LAPS DE TEMPS et sous les condi« tions déterminées par la loi. »

Cette définition rappelle l'adage vulgaire : *Omnis definitio periculosa.* Toutes les fois qu'il s'agit de définir, le législateur devrait se rappeler ce que saint Augustin disait à quelqu'un qui lui demandait de définir le temps : *Quid sit tempus si nemo quærat a me, scio; si quis interrogat, nescio.* Si vous ne me demandez pas ce que c'est que le temps, je le sais ; si vous me le demandez, je l'ignore.

Le Code a emprunté en partie à Domat la définition contenue dans l'art. 2219 (1); mais elle n'en est pas moins inexacte et vicieuse. Il est faux de dire que le temps est un moyen d'acquérir ou de se libérer (2). Les lois romaines ont dit avec profondeur et vérité : *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris.* C'est dans la possession du détenteur, c'est dans le silence et l'acquiescement du créancier ou du propriétaire, que se trouve le principe de la prescription. Domat n'aurait pas dû l'ignorer, car il avait sous les yeux un texte de Modestin, qui donne le démenti le plus formel à sa proposition, « *que la prescription est* « *une manière d'acquérir ou de perdre* PAR L'EFFET « DU TEMPS. » Le jurisconsulte romain que Domat croyait traduire, et dont il corrompait la pensée, dit, en effet : *Usucapio est adjectio dominii per* CONTINUATIONEM POSSESSIONIS *temporis legi definiti* (3). Com-

---

« le cours des troubles civils ou politiques, et pendant la suspension des « tribunaux. » — Pag. 97, 98 et 99.

(1) Liv. 3, t. 7, sect. 4, n° 1.

(2) *Suprà*, n°s 1 et 6. M. Bigot, mieux inspiré que le Code, a très-bien dit : « Le temps seul n'opère pas la prescription. » (Exposé des motifs, Fenet, t. 15, p. 577.)

(3) L. 3. D. *de Usurpat. et Usucap.*

ment Domat n'a-t-il pas vu que la possession du détenteur est le fait grave et fondamental qui contribue au déplacement de la propriété?

Dunod avait été plus près de la vérité en s'expliquant de la manière suivante : « La prescription est un « moyen d'acquérir le domaine des choses, *en les* « *possédant comme propriétaire pendant le temps que* « *la loi détermine à cet effet*, et de s'affranchir des « droits incorporels, des actions et des obligations, « lorsque celui à qui ils appartiennent *néglige* pendant « un certain temps de s'en servir et de les exercer (1).

On retrouve la même exactitude dans la description que donne Pothier de la prescription pour acquérir et de la prescription pour se libérer.

« On peut définir cette prescription (à l'effet d'ac- « quérir), l'acquisition de la propriété *par la posses-* « *sion paisible et non interrompue* qu'on en a eu pen- « dant le temps réglé par la loi (2).

« La prescription à l'effet de se libérer est une fin « de non-recevoir qu'un débiteur peut opposer contre « l'action du créancier qui a *négligé* de l'exercer ou de « faire reconnaître son droit pendant le temps réglé « par la loi (3). »

Ainsi donc, parmi tous les auteurs en vogue, Domat était le plus fautif de ceux que les rédacteurs du Code pouvaient suivre ici. J'ai insisté sur ce point parce qu'il touche à l'essence même de la prescription, et qu'il est du devoir de la critique de protester contre les erreurs du législateur, surtout lorsqu'elles blessent les notions fondamentales du droit. Si le temps, puissance purement fatale, pouvait abolir les droits, ils ne seraient donc

---

(1) *Des Prescriptions*, ch. 1.
(2) Sur Orléans, t. 14, *Introd.*, nº 1.
(3) *Id.*, nº 30.

pas d'une autre nature que la matière, que le cours des âges frappe de dissolution! ils ne contiendraient donc pas un reflet de la raison universelle et divine qui gouverne le monde! Qu'on y songe bien; ceci est important, et l'on excusera, j'espère, ma susceptibilité. Il ne faut pas laisser dépouiller le droit de son caractère sacré; car c'est par lui qu'il commande le devoir et inspire le respect.

25. On voit, du reste, qu'il y a deux sortes de prescriptions : la première, qui fait acquérir le domaine de la chose, et fait passer la propriété d'une tête sur une autre; la seconde, qui ne fait qu'éteindre les obligations, qui dégage la personne et opère sa libération. Celle-ci se rapporte plus directement à la matière des contrats et obligations, dont elle est une cause d'extinction; celle-là est un moyen *sui generis* d'acquérir la propriété.

26. Les auteurs qui aiment les parallèles (il y a eu un temps où ils étaient de mode en jurisprudence comme en littérature) ont comparé la prescription avec la coutume; car la coutume, de même que la prescription, puise dans l'usage et la répétition des mêmes faits, combinés avec le temps, une force qui la fait respecter. Mais la coutume diffère de la prescription en ce que celle-ci s'acquiert par le fait d'un particulier et ne profite qu'à lui seul, tandis que celle-là ne peut résulter que de faits uniformes émanés d'un grand nombre de personnes, et donne naissance à un droit qui lie ceux-là même qui n'ont pas concouru à son établissement. La prescription ôte le domaine à l'un pour le transférer à l'autre, par l'effet d'une sorte de contrat tacite d'aliénation; la coutume n'ôte rien à personne, et statue plutôt en forme de loi qu'en forme de contrat. D'Argentré, un peu rhéteur, et qui s'est complu dans ce parallèle renouvelé des anciens inter-

prètes, compare la coutume à une fontaine publique, à laquelle chacun vient puiser de l'eau sans y avoir un droit privé; et la prescription à une fontaine particulière, dont l'eau ne profite qu'à celui-là seul qui l'a acquise par l'appropriation (1).

27. Un rapprochement plus utile et plus sérieux est celui de la prescription afin de se libérer avec la déchéance. Parmi les auteurs, les uns veulent que la déchéance ne soit pas autre chose qu'une prescription afin de se libérer: de ce nombre est M. Merlin (2); d'autres, au contraire, soutiennent que la prescription se distingue de la déchéance par d'assez nombreuses différences. J'avoue que c'est vers cette opinion que j'incline de préférence.

D'abord, la prescription est toujours fondée sur une négligence prolongée pendant un certain laps de temps; une déchéance peut provenir non d'une omission, mais d'un fait délictueux et punissable, comme, par exemple, dans le cas de l'art. 1188 du Code civil, où l'on voit le débiteur déchu du bénéfice du terme lorsqu'il fait faillite ou qu'il a diminué les sûretés du créancier. La prescription afin de se libérer n'engendre qu'une exception, tandis que la déchéance, plus sévère dans ses effets, peut servir de fondement à une action (3), et opère le plus souvent de plein droit (4), à moins qu'une disposition spéciale de la loi ne la rende facultative ou comminatoire, comme dans le cas des arti-

(1) Sur Bretagne, art. 277, v° *a accoutumé*, n° 7. Il cite les anciens auteurs, Balbus, Felinus, etc. *Voy.* aussi Dunod, part. 1re, ch. 13, p. 106 et 107.

(2) *Répert.*, t. 17, v° *Prescript.*, p. 399.

(3) Comme, par exemple, quand le créancier poursuit le débiteur à terme qui a diminué les sûretés afin de le faire déclarer déchu.

(4) Comme, par exemple, quand on n'interjette pas appel dans les trois mois, ce qui, de plein droit, fait passer le jugement en force de chose jugée.

des 216 et 229 du Code de procédure civile. On peut, dans toutes les hypothèses possibles, renoncer à la prescription échue (1); au contraire, on ne peut pas toujours renoncer au bénéfice d'une déchéance acquise (2). Bien plus, dans plusieurs cas où il est permis de renoncer à une déchéance, on ne peut le faire que par un acte nouveau, qui ravive les droits éteints de celui que la déchéance avait frappé (3). Il n'en est pas ainsi de la renonciation à la prescription, qui ne fait qu'écarter l'obstacle de nature à paralyser l'obligation primitive, et laisse à celui-ci son libre cours (4).

Du reste, ces différences n'empêchent pas qu'il n'y ait beaucoup de principes communs entre la prescription et la déchéance (5); mais je crois qu'au fond la déchéance a un caractère de pénalité plus marqué que la prescription, et que c'est avec raison que la langue du droit a distingué l'une de l'autre.

Que dit M. Merlin pour enseigner le sentiment contraire? Il se fonde d'abord sur la loi 1, § 10, D. *Quandò appellandum sit*, qui emploie le mot *præscriptio* pour désigner la déchéance de la faculté d'appeler. Mais ce texte me semble absolument insignifiant; car on sait que, dans le droit romain, le mot *præscriptio* était un terme générique pour qualifier une exception. *Indè*, dit Cujas, *præscriptionis nomen; nam præscriptio et exceptio idem est* (6). Rien n'est plus naturel, par con-

---

(1) Voy. *infrà*, sur l'art. 2220. C. civ., art. 41 et suiv.

(2) *Infrà*, n° 51.

(3) Par exemple, quand on renonce à profiter de la déchéance du réméré. Mon Comm. *de la Vente*, t. 2, n° 711, p. 240.

(4) *Infrà*, n° 31.

(5) *Infrà*, n° 69.

(6) Sur le tit. du C. *de Præscript. longi temp.*, la loi citée par M. Merlin en est la preuve. Elle se sert du mot *præscribi* comme synonyme d'*opposer, faire obstacle* : « *Videndum est an ei* PRÆSCRIBI *possit quod eum non adierit.* »

séquent que ce mot, *præscriptio*, soit employé pour exprimer l'idée d'une exception tirée d'une négligence prolongée. Mais, dès lors, que peut-on en conclure dans le système de M. Merlin?

La même observation rend sans force l'autorité de Voët (1), dans les écrits duquel M. Merlin va puiser des argumens qui ont séduit M. Dalloz (2); car sous la plume d'un commentateur des Pandectes, écrivant dans la langue des Romains, le mot *præscriptio* ne pouvait manquer de retrouver sa signification habituelle d'*exception*, et tout ce que Voët a voulu dire, c'est que les déchéances qu'il énumère produisent des exceptions tirées du laps de temps. Mais je le demande au savoir de M. Merlin, est-ce dans cette large acception que nous prenons en France le mot *prescription?*

Dunod, qu'invoque M. Merlin, n'a pas du tout traité la question (3). A l'endroit cité par l'auteur du *Répertoire*, Dunod s'occupe *des jours en matière de délais*, et, s'il touche, en passant, quelques délais entraînant déchéance, il en cite d'autres qui ne produisent pas cet effet pénal, par exemple quand il parle du propriétaire qui, de trois jours l'un, a droit d'entrer dans le champ du voisin pour y recueillir les fruits de son arbre qui y sont tombés. Dunod n'avait pour but que de faire une énumération des délais connus dans diverses matières, soit qu'ils entraînent ou non déchéance, et ce serait totalement pervertir sa pensée que de prétendre qu'il a voulu comparer et égaler les déchéances et les prescriptions.

28. On a demandé si la prescription fait acquérir le

(1) *De diversis temp. Præscript.*, nos 1 et 5.
(2) Vo *Prescription*, p. 238, no 6.
(3) *Voy.* part. 2, ch. 1, p. 118 et suiv.

domaine direct, la propriété pleine et entière, ou seulement le domaine utile. Bulgare, Azon, Accurse et d'autres docteurs ont soutenu que le seul domaine utile est obtenu par la prescription. Mais Martin, ancien glossateur, enseignait au contraire que ce mode d'acquisition conduit à la propriété directe. Coquille s'est moqué de ce différent, qu'il qualifie de dispute *de apicibus juris* (1). Je renverrai ceux qui désireraient la voir sérieusement traité aux *Controverses* de Fachin (2) et à Duned (3). Je me bornerai à dire que la première opinion ne tend à rien moins qu'à renverser ce qu'il y a de plus incontestable dans le droit (4). On a vu plus haut (5) que le jurisconsulte Modestin définissait l'usucapion *adjectio dominii*, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété à son plus haut degré. Or, depuis que Justinien eut égalé la prescription avec l'usucapion, et confondu l'une avec l'autre ces deux manières d'acquérir, la prescription fut élevée au rang des modes d'acquisition qui confèrent le domaine légitime et souverain de la chose. C'est ce que dit ce prince dans ses *Inst., de Usucap.*, § 1, « ET HIS MODIS, *non solùm in Italiâ, sed etiam in omni terrâ quæ imperio nostro gubernetur,* DOMINIA RERUM, *justâ causâ possessionis procedente, acquirantur.* Quoique l'article 711 ne place pas, on ne sait pourquoi, la prescription parmi les moyens d'acquérir la propriété, on ne peut douter que le mot *acquérir* n'ait, dans l'article 2219, le sens large que je lui donne.

---

(1) Sur Nivernais, tit. 36.

(2) Lib. 56, cap. 70.

(3) Ch. 14.

(4) *Voy.* cependant *infrà*, n° 56, un arrêt de Bordeaux, qui suppose que la prescription ne donne qu'une simple exception; mais cette décision est insoutenable. Je la réfute *loc. cit.*

(5) N° 24.

29. Une autre question est celle de savoir si la prescription, en détruisant l'obligation civile, laisse subsister l'obligation naturelle. Dunod la trouve plus difficile que la précédente, parce que, dit-il, le domaine est du droit des gens du second ordre (qui n'est qu'un droit positif), et peut être transféré, éteint et fermé de nouveau par la loi positive, tandis que l'obligation est du droit naturel et des gens du premier ordre, qui sont immuables (1).

Mais il serait temps de renoncer à ces rêveries, qui ne font que perpétuer dans le droit les plus fâcheuses méprises (2). Le droit positif s'est emparé de la propriété comme de l'obligation, pour faire planer sur l'une et sur l'autre des dispositions réglementaires dictées par l'utilité sociale. Mais il n'en est pas moins vrai que la propriété est du droit naturel au même degré et au même titre que l'obligation; et, dans l'organisation de ces deux branches du droit, le législateur s'est moins souvent peut-être éloigné du droit naturel qu'il ne s'en est rapproché, comme d'un guide auquel il faut toujours en revenir.

Quoi qu'il en soit, les auteurs ne sont pas d'accord sur la question que j'ai posée en tête de ce numéro. Dunod (3), Cujas (4), d'Argentré (5), et, d'après eux, M. Henrion de Pansey (6), estiment que la prescription éteint l'obligation naturelle et engendre

(1) Dunod, *Prescript.*, ch. 14, p. 108.

(2) Je les vois répétées avec peine dans la plupart de nos auteurs modernes. Aussi y a-t-il bien des choses faibles et arriérées dans leurs doctrines sur la propriété ; témoin les ouvrages de MM. Toullier et Duranton.

(3) *Loc. cit.*

(4) Sur les *Questions* de Papinien, lib. 28, l. 95, § *Naturalis*, D. *de Solutionibus.*

(5) Sur Bretagne, art. 273, *de hypothecar. Præscript.*, nos 12 et suiv.

(6) *Répert.*, vo *Prescription*, p. 485, § 2.

une pleine et entière assurance, *plenissimam securitatem*, comme dit la loi *Omnes*, 4, *au C. de præscript. 30 vel 40 annor.*

M. Merlin soutient, au contraire (1), que « la loi qui « déclare une dette prescrite n'en ôte pas l'actif au « créancier ; elle ne fait qu'opposer une barrière aux « poursuites qu'il voudrait faire contre le débiteur. « Cela est si vrai que la prescription est généralement « reconnue pour n'être qu'une exception, et que le « juge ne peut la suppléer d'office, quand le débiteur « à qui elle est acquise néglige de s'en prévaloir. « Ainsi, elle n'agit pas sur le créancier, mais sur le « débiteur. » Et le recueil alphabétique de M. Dalloz se range à cette doctrine (2).

On peut lui donner plus de relief encore, en y ajoutant l'autorité de Pothier, qui enseigne qu'une obligation contre laquelle s'élève la fin de non-recevoir tirée de la prescription ou de la chose jugée est regardée comme obligation purement naturelle tant que la fin de non-recevoir subsiste (3) ; et MM. Delvincourt (4) et Duranton (5) ont suivi sans discussion l'autorité imposante du célèbre auteur des *Obligations*.

Je dirai cependant que je regarde ce système comme étant d'une fausseté palpable, au moins sous le Code civil.

L'art. 1234 place la prescription sur la même ligne que le paiement, la remise volontaire, etc., comme cause d'extinction des obligations. *Les obligations s'éteignent*, dit-il, *par le paiement et par la prescription*. De plus, l'art. 2219 définit la prescription *un moyen*

(1) *Répert.*, *loc. cit.* et *Main-morte* (*gens de*).
(2) V° *Prescription*, p. 238, n° 7.
(3) *Oblig.*, n° 196.
(4) T. 2, p. 452 (notes).
(5) T. 10, n° 41.

de se libérer. De ces deux textes rapprochés et combinés, il résulte qu'il ne reste rien de l'obligation, qu'elle est anéantie dans sa cause comme dans ses effets, qu'elle disparaît aussi radicalement que si elle avait été payée ou remise expressément. Ces textes, surtout celui de l'art. 1234, sont certainement le démenti le plus formel qu'on puisse donner à la théorie de Pothier, qui, fidèle à lui-même, enseignait que *la fin de non-recevoir tirée de la prescription n'éteint pas la créance* (1). Mais, à moins de se révolter contre l'art. 1234, on ne peut plus soutenir aujourd'hui un tel système ; le Code civil l'a proscrit en termes clairs et précis, dont les préoccupations du passé ne doivent pas empêcher de tenir compte. Faut-il s'étonner de ce résultat? Ne savons-nous pas que l'abolition de l'obligation est fondée sur cette présomption, que le long silence du créancier contient un abandon de son droit? « *Vix enim est ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (2). » Il y a dans la prescription une sorte d'acquiescement, de consentement tacite, qui, lorsque le débiteur veut en profiter, fait disparaître le fondement du contrat (3). Le lien obligatoire, le *vinculum juris*, est donc dissout. Il ne reste plus qu'un compte à régler avec sa conscience, ce qui est sortir des bornes du droit pour entrer dans le domaine religieux, dans les rapports de l'homme avec Dieu. Quant aux rapports d'homme à homme, c'est-à-dire au droit, il est entièrement satisfait.

30. Il est si vrai que la prescription éteint l'obligation naturelle dès l'instant qu'elle est acquise et opposée, qu'un tiers ne pourrait la cautionner. C'est la dé-

---

(1) *Oblig.*, n° 642.

(2) L. 28. D. *de Verb. signific.*

(3) D'Argentré, *loc. cit.*, n° 25.

cision de tous les docteurs (1), et elle trouve un appui solide dans la loi 37, D. *de Fidejussorib*. Et cependant n'est-ce pas le propre des obligations naturelles de donner matière à un cautionnement (2)? Que serait-ce donc que cette obligation naturelle qui serait si vide, si fugitive, si impalpable, qu'elle échapperait au contact d'une fidéjussion (3)? Peut-on dire qu'elle ait la moindre place dans le droit positif, et que la loi la reconnaisse?

On objecte que la prescription n'est qu'une exception, et que, si elle n'est pas opposée par la partie, le juge ne peut la suppléer; mais, si je ne me trompe, cet argument roule sur une grande confusion d'idées.

S'il plaît à la partie qui a acquis la prescription de ne pas en profiter, par scrupule de conscience; si elle consent à renoncer à son droit, elle le peut, et il faut applaudir à sa délicatesse et à ses nobles scrupules; mais ne sera-ce qu'en vertu d'une simple obligation naturelle que se fera le paiement? Nullement. C'est l'obligation civile qui subsistera dans toute sa force, dans toute son intégrité primitive, et qui seule sera sanctionnée par le juge telle qu'elle résulte du contrat, telle que la loi positive la considère et la qualifie. Ce ne sera pas une obligation qui, nulle aux yeux du droit civil, ne se maintient qu'en prenant un point d'appui dans le droit naturel, comme une dette de jeu que l'on paie

---

(1) D'Argentré les cite nº 23, et Brunemann dit, sur la loi 37, D. *de Fidejuss.* « *Obligationi quæ præscriptione finita est non potest accedere fidejussor, quia obligatio naturalis quæ post præscriptionem superest, a jure civili infirmata, adeò ut etiam solutam repeti possit.* » Et il cite Balde, Bachovius et autres. Voy. *infrà*, nº 64.

(2) M. Toullier, t. 6, nº 391.

(3) Je suis étonné que M. Vazeilles conteste le principe qu'on ne peut cautionner une dette prescrite (t. 1, p. 395, nº 540). Il ne fait pas attention qu'on ne l'applique que lorsque le débiteur n'a pas renoncé à la prescription.

volontairement, et pour laquelle il n'y a pas de répétition (art. 1235 et 1967 du Code civil). Il n'y a ici nul conflit entre la loi écrite et le droit naturel, entre l'obligation civile et l'obligation naturelle. L'obligation civile se survit à elle-même; elle puise dans la volonté du renonçant une durée nouvelle, une vigueur qui la rajeunit (1).

32. Une objection plus sérieuse pourrait se tirer de ce que, dans le cas de mauvaise foi, la prescription prend son origine dans des motifs d'ordre public, et qu'elle semble contrarier la pureté du droit naturel (2); qu'en statuant dans des vues d'utilité, la loi qui la consacre n'a pas prétendu influer sur les règles de justice; qu'ainsi, si l'obligation est éteinte civilement, elle subsiste naturellement.

L'objection serait bonne si le droit positif se tenait constamment dans la ligne de démarcation qui sépare philosophiquement le droit naturel du droit formulé; mais, en fait, il faut reconnaître que la loi écrite dépasse souvent cette ligne idéale et abstraite, et fait plier le droit naturel à ses dispositions. Les philosophes ont déploré cette confusion; il me suffira de citer ces lignes de M. Dugald-Stewart : « Outre ces défauts « dans les systèmes modernes de jurisprudence, il en « est un autre qui dérive des idées inexactes qu'on « s'est faites de l'objet de la science. Bien que les de« voirs de justice ne puissent se résoudre dans des « considérations d'utilité, cependant, dans toutes les « associations politiques, ces *deux choses sont telle« ment confondues dans les institutions, qu'il est « impossible de les séparer complètement dans le « raisonnement*. Il s'en est suivi que les auteurs en

(1) *Infrà*, n° 75.
(2) *Suprà*, n°s 11 et suiv.

« jurisprudence, comme l'a remarqué Hume, tout en « professant qu'ils se renfermeraient dans le premier « point de vue, ont pris sans cesse pour point de dé- « part des principes qui appartiennent au second (1). »

En théorie, le philosophe écossais peut avoir raison ; mais il constate lui-même le fait de ce mélange inséparable du juste et de l'utile qui partout existe dans nos lois. Or, l'interprète doit prendre les choses telles qu'elles sont, la société telle qu'elle existe, les lois telles qu'elles sont faites : c'est là le seul point de départ que lui donne le bon sens.

Eh bien! le droit positif veut qu'un délai de trente ans épure le droit vicieux dans son origine ; que la mauvaise foi du défendeur se compense avec la négligence prolongée du demandeur ; que l'obligation originaire ne puisse reparaître d'elle-même parmi les droits reconnus, et réclamer une place ou une garantie là où la loi civile parle et statue. A ses yeux, tout est éteint et fini (art. 1234), et le droit naturel ne peut plus parler qu'un langage qui ne saurait être entendu. Il n'est pas nouveau en jurisprudence que la loi écrite force le droit naturel à abdiquer ; c'est le plus souvent un sacrifice douloureux ; mais ici il n'a rien qui ne soit suffisamment excusé par la position respective des parties (2).

33. Au reste, quelque parti que l'on prenne sur cette question, plus philosophique que pratique, il est certain que la dette prescrite qui a été payée involontairement donne lieu à répétition (3). Si le débiteur prouve qu'il ignorait que le temps voulu pour

(1) *Esquisses de philosophie morale*, p. 189.

(2) *Suprà*, n° 13.

(3) Argum. de l'art. 1377 du C. civ. Dunod, part. 1, ch. 14, p. 109. D'Argentré, art. 273, § *de hypothec. Præscript.*, n° 23. M. Toullier, t. 11, n° 73, et t. 6, n° 74, *ad notam. Infrà*, n° 55.

la prescription était révolu, il sera écouté, en réclamant la restitution d'une chose qu'il n'a payée que par erreur, en vertu d'une obligation éteinte; il le sera aussi s'il parvient à établir (chose difficile cependant) qu'il n'a payé que par erreur de droit. C'est ce que reconnaissent tous les jurisconsultes, de quelque opinion qu'ils soient sur la nature, l'origine et l'étendue de la prescription.

Remarquons toutefois que c'est au débiteur à prouver son erreur par des preuves manifestes; car, presque toujours, on supposera qu'il a payé volontairement pour décharger sa conscience, et qu'il a entendu renoncer à la prescription acquise et laisser à l'obligation son énergie originaire (1). Pour réussir dans sa répétition, il sera donc nécessaire qu'il fasse ressortir avec évidence qu'il n'y a eu de sa part aucune renonciation, et que le paiement a été involontaire, c'est-à-dire commandé par une véritable erreur.

34. Une nouvelle conséquence du principe qui veut que la prescription opère libération pleine et entière, c'est qu'une dette couverte par la prescription ne se compense pas avecune autre dette qui serait contractée après la prescription acquise. *Quæcumque enim per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt* (2).

Mais est-il vrai, comme l'enseigne Dunod (3), qu'on ne puisse plus faire renaître par novation l'obligation éteinte par la prescription? Je ne crois pas qu'une telle assertion puisse être acceptée sans réserve. De même qu'on peut payer volontairement une dette prescrite, en renonçant à se prévaloir de l'exception

(1) Dunod, *loc. cit.*, p. 110. Pothier, *Oblig.*, n° 666.
(2) Javolenus, l. 14, D. *de Compens.* Dunod, part. 1re, ch. 14, p. 109.
(3) *Loc. cit.*

péremptoire qu'offre la prescription, de même les parties peuvent s'entendre pour considérer l'obligation comme toujours subsistante, et pour la convertir en une obligation nouvelle. Ce n'est, à mon avis, que dans le cas où la novation aurait été stipulée par erreur, qu'elle deviendrait inefficace. Il faut appliquer ici les règles que j'ai exposées au numéro précédent.

35. La prescription, étant assimilée par les lois à une manière d'acquérir par consentement, ou de se libérer par renonciation du créancier (1), peut être invoquée par un étranger, surtout depuis que les aubains jouissent en France de tous les droits de propriété.

Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit romain; la loi des Douze-Tables, dont le génie étroit et jaloux ressort de tout côté, portait : *Adversùs hostem æterna auctoritas esto*. L'on sait que par ce mot, *hostem* (2), on désignait celui qui vivait sous ses propres lois et n'était pas régi par ce droit civil que Rome républicaine considérait comme la plus haute prérogative (3) et réservait exclusivement pour les citoyens. Ainsi, non-seulement les peuples absolument étrangers, connus sous le nom de *barbaricæ gentes*, n'étaient pas admis à jouir de l'usucapion, mais même on refusait dans l'origine la participation de ce droit aux *peregrini*, c'est-à-dire aux sujets de Rome, latins, italiens et provinciaux qui étaient hors de la cité romaine et qui ne jouissaient pas du droit civil de Rome (4).

---

(1) *Suprà*, n° 25, l. 28, D. *de Verb. signif.*, et l. 230, même titre.

(2) Cic., *de Offic.*, lib. 1, n° 12. « *Hostis enim apud majores nostros dicebatur quem hunc peregrinum dicimus.* »

(3) Huberus, *Inst.*, *de Usucap.*, p. 147, n° 3.

(4) Sur le sens du mot *peregrinus*, *voy.* M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n°s 100 et 101.

Mais peu à peu ces peuples furent initiés, à des degrés inégaux, aux priviléges de Rome (1), jusqu'à ce qu'enfin Caracalla fit disparaître ces différences et accorda le titre de citoyen romain à tous les hommes libres sujets de l'empire (2).

Quant aux étrangers proprement dits, ou, ce qui est la même chose, aux barbares, nous avons trop peu de notions sur le droit international de l'époque romaine pour savoir si la faculté de prescrire s'étendit jusqu'à eux. Cependant on peut croire que la haine que Rome leur portait était trop forte pour accorder ce droit précieux à ceux d'entre eux qu'elle n'avait pas naturalisés.

On ne saurait douter qu'en France un étranger est admis à se prévaloir du bénéfice de la prescription. Un arrêt du parlement de Paris du 25 juin 1738, rendu conformément aux conclusions de M. Gilbert des Voisins, avocat général (3), a décidé qu'une étrangère, malgré son incapacité de succéder en France, avait pu se prévaloir d'une possession de trente-quatre ans pour repousser une demande en remise des biens d'une succession qu'elle avait appréhendée de fait. On est étonné de trouver une doctrine contraire dans Pothier (4). La prescription avec bonne foi émane directement de l'équité naturelle; à ce titre, elle ne pourrait être refusée à l'étranger sans une criante injustice.

Quant à la prescription sans bonne foi, l'intervention du droit civil y est plus grande et plus directe; mais comment serait-il possible d'admettre que l'étranger, qui peut succéder et tester en France (5),

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1er, p. 15, nos 21, 22 et 23, et t. 3, p. 133, no 2.
(2) Ulp., l. 17, D. *de Statu hominum*.
(3) *Voy.* Denizart, vo *Etranger*, § 9, et M. Merlin, *Répert.*, *Prescript.*, p. 549.
(4) *Prescript.*, n. 20.
(5) Loi du 19 juillet 1819.

donner une hypothèque, se marier avec une française suivant nos rites nationaux, obtenir une concession de mine, acquérir la propriété littéraire, ester en jugement, etc., ne pourrait se prévaloir de la prescription trentenaire, et cela, quoique ce moyen d'acquérir et de se libérer soit passé dans le droit de presque toutes les nations civilisées, et qu'il emprunte à la loi civile bien moins d'originalité dans son organisation que les autres droits que nous venons d'énumérer?

Lorsque M. de Serres présenta le projet de loi destiné à proscrire le droit d'aubaine, voici comment il s'exprimait :

« Ce que nous désirons, ce sont des étrangers qui,
« demeurant propriétaires dans le royaume, s'y fixe-
« ront naturellement, en apportant des capitaux des-
« quels nous profiterons..... Le but sera atteint si nous
« leur rendons *le libre et entier exercice du droit*
« *de propriété*.

« ..... Ce n'est pas par un mouvement de généro-
« sité que nous voulons effacer des différences rela-
« tives aux successions et aux transmissions de biens :
« c'est par calcul. Il ne faut donc effacer que celles
« qui peuvent dissuader les étrangers d'acqué-
« rir (1). »

M. de Serres ne parlait ainsi que par rapport au droit de succession et de testament, dont il avait exclusivement à s'occuper. Mais on voit que la pensée de la loi se rattachait à une vue plus générale : c'était de lever les entraves qui paralysaient, sous l'empire du droit d'aubaine, le droit de propriété. Or, ne découle-t-il pas nécessairement de cette idée généreuse et politique que la prescription, source du repos des familles, et patrone de la propriété, profite à l'étranger?

(1) *Moniteur* du 14 mai 1819. *Répert.*, t. 16, v° *Étranger*.

La loi aurait-elle atteint son but, si, en permettant à l'étranger d'acquérir, elle eût autorisé à porter la perturbation dans sa possession, en lui demandant compte de jouissances antérieures à trente ans? N'est-il pas évident qu'en appelant les étrangers à être propriétaires en France, le législateur a entendu leur donner toutes les garanties qui consolident la propriété?

De plus, comme je l'ai dit ailleurs (1), l'étranger n'est privé en France que des droits découlant du pur droit civil, c'est-à-dire de ces priviléges qui doivent leur origine aux créations arbitraires de la loi nationale, ou de ces droits qui constituent une sorte de fonction publique. Mais, pour tous les droits qui se rattachent au droit naturel ou au droit des gens modifié par le droit civil, la civilisation, abaissant les barrières qui jadis séparaient les peuples, a égalé les Français et les étrangers. Or, la prescription trentenaire est devenue d'un usage si général, elle a été adoptée avec tant de faveur chez tous les peuples qui ont des idées de conservation et de stabilité, qu'on peut la considérer comme indigène dans le droit des gens.

Enfin, il y a une dernière considération dont il est étonnant que le judicieux Pothier n'ait pas été frappé! c'est que la prescription trentenaire a été introduite bien moins en faveur de celui qui prescrit qu'en haine de la négligence du père de famille qui laisse perdre ses droits; *odio negligentiæ*, disent les docteurs, *non favore præscribentis* (2). Elle est plutôt une peine infligée au Français qui se laisse aller à un oubli dissolu de ses affaires, qu'une faveur accordée à l'étranger qui acquiert. Or, la sévérité de la loi ne peut être mitigée par la circonstance que c'est envers un étranger que

(1) *Hypoth.*, t. 2, n° 463 (*ter*), note 2.

(2) Bartole, sur la loi 1, D. *de Usurpat. et Usucap.*

le Français s'est montré négligent. La faute, étant la même, doit toujours être également réprimée.

36. C'est par ce dernier argument qu'on explique pourquoi le mort civil peut acquérir et se libérer par la prescription trentenaire, sans titre ni bonne foi. La loi entend beaucoup moins le favoriser que punir le propriétaire insouciant qui l'a laissé jouir, et le créancier oublieux qui n'a pas fait valoir son droit. Au surplus, il faut bien remarquer que le mort civil ne prescrit que dans les bornes que la loi assigne à sa faculté d'acquérir et de posséder (1).

Quant à la prescription de bonne foi, son origine, tirée du droit naturel, explique plus facilement encore pourquoi le mort civil peut s'en prévaloir (2).

37. On demande par la loi de quel pays doit se régler la prescription? Le statut qui organise la prescription est-il réel ou personnel?

Cette question se résout par une distinction entre la prescription afin de se libérer d'une action pure personnelle et la prescription afin d'acquérir une chose immobilière.

38. L'action personnelle se prescrit par la loi en vigueur dans le lieu où doit se faire le paiement. A la vérité, la plupart des auteurs (3) ont écrit que c'est le domicile du débiteur qu'il faut prendre en considération. Mais cette proposition n'est vraie qu'autant que c'est à ce domicile que l'obligation est payable. Quand elle l'est ailleurs, c'est le lieu du paiement qui prévaut (4).

---

(1) M. Vazeille, *Prescript.*, n° 23. M. Dalloz, *Prescript.*, p. 138, n° 5.

(2) *Suprà*, n° 35.

(3) Dunod, *Prescript.*, part. 1re, ch. 14. M. Merlin, *Répert.*, v° *Main-morte* (*gens de*), p. 634, col. 1, et *Prescript.*, p. 498, n° 7, et t. 17, p. 403 et 404.

(4) Du reste, Pothier est le seul qui soutienne que la prescription se

La raison en est simple ; comme je l'ai dit tout à l'heure (1), la prescription afin de se libérer est, en quelque sorte, la peine de la négligence du créancier. Or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute? C'est évidemment dans le lieu où il doit recevoir son paiement. Donc, il encourt la peine établie dans ce lieu; donc la prescription qu'il doit subir se règle par la loi de ce même lieu.

Le président Favre rapporte que la question a été ainsi jugée par arrêt du sénat de Chambéry de 1593. Dans l'espèce retracée par ce savant magistrat (2), un Savoyard mineur de vingt ans, et fils de famille, avait cautionné à Rome l'obligation d'un de ses compatriotes envers un autre Savoyard. Dans le contrat, il s'était déclaré majeur et père de famille. Il avait été expressément convenu que le paiement se ferait à Rome.

Il est clair que, dans cet état de choses, ce mineur pouvait obtenir sa restitution en entier. Mais le délai pour la demander n'est pas illimité : il est soumis à la prescription. Or, d'après la loi suivie à Rome, la restitution devait être demandée dans les quatre ans depuis la majorité (3), et le mineur dont il s'agit avait gardé le silence pendant un temps bien plus considérable. Au contraire, d'après les lois piémontaises, on avait dix ans depuis la majorité pour se faire restituer, et ces dix ans n'étaient pas encore écoulés lorsque le mineur fut assigné à Chambéry.

Il prétendait, en conséquence, que la loi piémontaise devait décider la contestation, parce que le contrat

---

règle par le cas du domicile du créancier (*Prescript.*, nº 251). Mais c'est une erreur difficile à comprendre dans un jurisconsulte d'un aussi grand sens.

(1) *Suprà*, nº 35.

(2) *Cod.*, lib. 1, t. 5. *Def.*, 3, p. 41.

(3) L. *ult.* C. *de Temp. petit. in integr. rest.*

avait été passé entre Savoyards et que le procès s'agitait devant un tribunal de leur nation.

Mais il fut décidé que, le paiement devant être fait à Rome, c'était par la loi romaine que le litige était gouverné (1). La négligence avait eu lieu à Rome, c'est donc par le statut romain qu'il fallait la juger (2). On pensa que la position du créancier ne devait pas être aggravée par cela seul qu'il avait été obligé d'actionner son débiteur devant les tribunaux de Savoie.

39. Lorsqu'il s'agit de la prescription d'une chose, on suit la loi de la situation. Telle est la décision de Dumoulin (3) : *Aut statutum disponit de præscriptione vel usucapione rerum corporalium, sive mobilium sive immobilium, et tunc inspicitur indistinctè locus ubi res est.*

Il en est de même d'une action réelle ou hypothécaire (4).

40. On a demandé, à ce sujet, si le statut qui défend au prince d'aliéner les biens domaniaux, et qui les déclare imprescriptibles, peut s'étendre jusqu'aux immeubles qu'il possède dans un pays où la même loi n'existe pas. La loi nationale qui permet la prescription doit-elle céder à la loi étrangère qui la défend ? Cette question a été agitée devant la cour de Nancy, dans la cause du préfet de la Meurthe, agissant pour le domaine de l'État, contre la dame de Poix : elle y est restée indécise.

Je la crois peu susceptible de doutes.

En effet, la loi qui, pour fortifier la prohibition faite au prince d'aliéner les biens domaniaux, les déclare im-

---

(1) L. 21, D. *de Verbor. oblig.*; L. 9, § 1. D. *de Judiciis*; L. 3, D. *de Rebus, auct. jud. possid.*

(2) Bartole, sur la loi *Cunctos*, n° 20.

(3) Sur la loi *Cunctos*; *Répert.* de M. Merlin, *loc. cit.*

(4) Dunod, *loc. cit.*, p. 114.

prescriptibles, est un statut réel. Ce statut n'a été fait que pour conserver le patrimoine de l'État; il est une loi de conservation, d'économie politique, de haute administration financière. Mais il n'est pas fondé sur l'incapacité personnelle du prince. Ce n'est pas comme dans le cas de minorité, où la prohibition d'aliéner dérive de la faiblesse intellectuelle du pupille, qui, à raison de son âge, de son inexpérience, du peu de développement de sa raison, ne peut être mis en puissance de ses droits. Ici, les facultés morales du prince ne sont pas prises en considération. Capable sur tous les points, il n'est assujéti à des entraves qu'en ce qui concerne la disponibilité des biens domaniaux. La veille de son avènement, il aurait pu disposer de ses propriétés avec la liberté dont jouit un majeur; mais, le lendemain, il y a une barrière qui l'arrête, et toutes ses dispositions sont révocables. Pourquoi ce changement? Est-ce par suite d'une révolution dans sa personne, d'une altération de ses facultés, d'une incapacité subite fondée sur la nature? Non, sans doute. Son aptitude est la même; et il n'y a de changé que sa dignité; c'est donc par un motif d'utilité publique que la loi a parlé, afin que le domaine de l'Etat se maintienne intact et serve de dotation aux générations suivantes. Il est dès lors évident que c'est là une prohibition qui a principalement en vue les immeubles, et non la personne. C'est une loi relative à la disponibilité des biens, et, à ce titre, elle n'est qu'un statut réel (1), d'après la définition célèbre et toujours exacte qu'a donnée M. d'Aguesseau des statuts réels et personnels (2).

(1) Peregrinus, *de Fideic.*, art. 51, n° 35. Fusarius, *de Substit.*, quæst. 308, n° 52. Froland, t. 1, p. 67. M. Merlin, *Répert.*, t. 16, p. 690.

(2) Voyez-la au *Répert.* de M. Merlin, v° *Autorisation marit.*, p. 530, col. 2.

Ceci posé, il n'est pas difficile de conclure que, le statut réel ne devant pas dépasser les limites de la souveraineté pour laquelle il a été fait, la loi de l'imprescriptibilité cédera à la loi du royaume voisin qui, plus conforme au droit commun, regarde la chose comme prescriptible.

ARTICLE 2220.

On ne peut d'avance renoncer à la prescription; on peut renoncer à la prescription acquise.

ARTICLE 2221.

La renonciation à la prescription est expresse ou tacite. La renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis.

SOMMAIRE.

41. Renonciation à la prescription. Liaison et division.
42. On ne peut renoncer d'avance à la prescription. Raison de cette règle donnée par Bartole.
43. Raison vicieuse donnée par M. Vazeille, qui a confondu les renonciations pures et simples avec les renonciations par pacte. Doctrine de Vinnius plus conforme à la vérité. Art. 1130 du C. civ., qui la confirme. On peut renoncer à la prescription acquise.
44. Explication sur la renonciation à une prescription conventionnelle. Exemple tiré de la faculté de rachat.
45. Il ne faut pas confondre une interruption de la prescription par pacte avec une renonciation à la prescription.
46. On peut renoncer d'avance à la prescription de dix ans, en bannissant la bonne foi. Erreur de Dunod à cet égard.
47. On ne peut renoncer d'avance à la péremption d'instance, mais on peut suspendre le cours du procès par convention.
48. On ne peut renoncer d'avance à se prévaloir d'une déchéance.
49. La renonciation à une prescription acquise a quelque chose de favorable. Elle est souvent un acte de délicatesse.
50. On peut renoncer à la prescription d'instance, quand elle est acquise.

51. Peut-on renoncer d'avance à une déchéance? Dissentiment avec M. Merlin sur la question de savoir si la partie peut renoncer à opposer la déchéance d'appel. Preuves que, le jugement étant passé en force de chose jugée, la cour royale n'a aucun principe de juridiction pour le reviser.

52. Examen des actes par lesquels on peut renoncer à une prescription acquise. Renonciation expresse ou tacite.

53. La renonciation doit émaner d'une personne capable.

54. Elle doit être libre.

55. Elle doit procéder d'une volonté intime et réfléchie. Il ne faudrait pas la faire résulter de phrases banales jetées dans les écritures d'un procès dont la partie n'a pas eu connaissance. Dissentiment avec M. Vazeille.

56. Il faut que l'acte dont on se prévaut établisse la preuve irréfragable de l'abandon. Exagération dans laquelle la cour de cassation est tombée à cet égard. Exemples qui prouvent que la renonciation ne doit pas être admise facilement. Dissentiment avec la cour de Bordeaux, qui a admis une renonciation là où il n'en existait pas, et qui semble croire que la prescription ne donne qu'une exception.

57. Pour que la renonciation soit certaine, il faut qu'il n'y ait pas quelque protestation sanatoire.

58. Définition de la protestation. Rejet de certaines subtilités scolastiques.

59. La protestation peut concerner un fait présent ou un fait futur. Explication à cet égard.

60. Pour que la protestation soit efficace, il ne faut pas qu'elle soit elle-même l'objet d'une renonciation qui l'abroge. Destruction de la protestation pure et simple par un fait contraire. *Quid* à l'égard de la protestation dérogatoire?

61. La protestation n'a aucune vertu lorsqu'elle accompagne un acte avec lequel elle est inconciliable. De là la maxime : *Protestatio contrà factum nihil relevat.*

62. Il ne faut pas que la protestation soit de style.

63. Exemples divers de cas où la jurisprudence a vu des renonciations à la prescription acquise.

1° Du paiement.

64. 2° Du paiement partiel, ou des arrérages.

65. 3° De la reconnaissance de la dette, et de la dation d'une caution. Erreur échappée à M. Dalloz.

66. 4° De la compensation et de la novation.

COMMENTAIRE.

41. Les articles 2220 et 2221 s'occupent de la renonciation à la prescription. D'après l'art. 2220, il faut distinguer entre la prescription acquise et la prescription non acquise. On peut renoncer, soit expressément, soit tacitement, à la prescription acquise. Quant à la prescription non acquise, une renonciation anticipée est considérée comme non avenue. Analysons ces dispositions importantes.

42. La règle que l'on ne peut renoncer d'avance à la prescription est fort ancienne. Dans l'origine, elle avait cependant fait l'objet de nombreuses controverses; mais Bartole avait fixé les esprits par la dis-

tinction que nous trouvons écrite dans l'art. 2220. Il la fondait sur deux raisons également décisives : 1° sur ce que la prescription tient à l'utilité générale et qu'on ne peut déroger par pacte aux lois qui intéressent le bien public : « *Ego dico quod usucapio est introducta* PROPTER BONUM PUBLICUM *principaliter : ergò per pactum remitti non potest* (1) ; » 2° sur ce que la prescription est une peine établie en haine de celui qui néglige ses droits, *odio negligentiæ, non favore præscribentis* (2), et que l'on ne saurait autoriser des conventions qui favoriseraient l'oubli des devoirs du père de famille diligent.

43. En dehors de ces deux raisons péremptoires, je ne connais que divagations et inutiles efforts d'esprit (3).

M. Vazeilles a même été jusqu'à l'erreur lorsqu'il a avancé, au soutien de la première partie de l'art. 2220, *que l'on ne peut renoncer aux droits éventuels que donne la loi par des dispositions générales qu'alors qu'ils sont ouverts* (4). Cette proposition est inadmissible ; elle résiste à tous les principes en matière de renonciation. Lorsque la loi 174, § 1, D. *de Reg. juris*, a dit qu'on ne peut répudier qu'un droit présent, elle n'a entendu parler que d'une répudiation pure et simple, et non pas d'une renonciation par pacte. Les docteurs sont unanimes pour le décider ; témoin Donadeus, dans son traité *de la Renonciation* : « *Quantùm ad renun-*

---

(1) Sur la loi *Nemo potest*, 58, D. *de Legat.*, 1° Argum. de la loi 38, D. *de Pactis*, et 27, D. *de Reg. juris*.

(2) Bartole, sur la loi 1, D. *de Usurpat. et Usucap.*—*Junge* Coquille, sur Nivernais, t. 36. Il cite une décision des Grands-Jours de Clermont, du mois de septembre 1572.

(3) *Voy.* d'autres raisons moins bonnes données par Dunod, d'après Vasquius, *Prescript.*, part. 1re, ch. 14, p. 3, et copiées par M. Merlin (*Répertoire*, *Prescript.*, p. 486).

(4) T. 1, n° 332, p. 384.

ciationem juris de futuro simpliciter attinet, certè doctores per pactum et per stipulationem illam admittunt (1). »

En effet, autre chose est renoncer par répudiation, c'est-à-dire sans contracter avec quelqu'un; et renoncer par pacte : *Aliud est repudiare, aliud pacisci* (2). Vinnius a montré cette différence avec sa sagacité ordinaire. Je ne puis mieux faire que de le citer, pour démontrer le faux point de départ de M. Vazeilles.

« *Repudiationis et pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ delata sunt; pacto remitti possunt et quæ nondùm delata. Qui repudiat remittit in præsens quod ei delatum est et poterat agnoscendo acquirere. Qui paciscitur potest etiam in futurum remittere, scilicet quum rem deberi et posse peti cœperit. Qui repudiat dicit se nolle rem quæ delata est ad se pertinere; qui paciscitur hoc dicit, se, etsi post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Zoezius etiam affert rationem, quia repudiatio tantùm nititur consensu unius et est fragilis, sed pactum nititur consensu utriusque* (3). »

D'ailleurs, l'art. 1130 du Code civil ne dit-il pas : *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation?*

Si donc on ne peut renoncer à une prescription non acquise, ce n'est pas parce qu'il est défendu de renoncer à un droit non ouvert, car le contraire est positivement démontré par l'article 1130 et par la doctrine des auteurs. C'est parce que, dans la renonciation antici-

(1) *De Renunciat.*, cap. 2, nº 12. *Junge* Socin, vol. 2. *Conseil*, 5, nº 3, et vol. 4. Conseil, 34. Bartole, sur la loi 1, C. *de Pactis*, col. 2, *Angel. Conseil*, 187. Ricard, *Disp. cond.*, nº 186.

(2) L. 46, D. *de Pactis*.

(3) Traité *de Pactis*, cap. 18, nº 5. *Junge* Azon, *Brocardica*, p. 153.

pée à une prescription non acquise, il y a quelque chose qui trouble le bien public, qui encourage la faute ou l'incurie, et déroge à une loi d'utilité générale. D'ailleurs, sans cette précaution, les renonciations aux prescriptions non échues deviendraient de style, et la faiblesse des particuliers désarmerait la société, en lui enlevant son plus ferme appui.

Les mêmes raisons n'existent pas lorsque la prescription est acquise. Le droit privé domine alors le droit public, ou, pour mieux dire, le droit public est hors de cause, et l'intérêt particulier est seul en jeu; car, renoncer à une prescription échue, qu'est-ce autre chose que renoncer à l'objet même que la prescription avait fait acquérir? C'est dès lors le cas d'appliquer la fameuse loi romaine : *Quum sit juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare* (1).

Ainsi, rien ne serait plus licite que la clause par laquelle un testateur obligerait son héritier à payer une dette prescrite (2).

44. C'est par des motifs analogues que je suis conduit à décider qu'on peut renoncer à une prescription conventionnelle non acquise, en ce sens qu'on peut toujours stipuler, même *ex post facto*, qu'on restera soumis à la prescription légale. C'est alors renoncer au bénéfice donné par une convention; l'ordre public n'y met aucun obstacle.

Je suppose que, dans une vente à faculté de réméré, on soit convenu que le rachat s'exercera dans deux ans : rien n'empêche qu'avant l'expiration des deux ans l'acquéreur proroge à cinq ans, délai légal pour la prescription du rachat conventionnel, la faculté de

---

(1) L. 29, D. *de Pactis*. *Voy*. Donadeus, *de Renunciat.*, cap. 2, n° 13.
(2) *Voy*. l'annotateur de Bartole, sur la loi 58, D. *de Legat.*, 1°.

rachat : sans doute, il renoncera d'avance à opposer une prescription non acquise; mais, cette prescription n'étant fondée que sur la convention, et non sur la loi, l'ordre public n'empêche pas qu'on y renonce. Il en serait autrement si l'on renonçait d'avance à la prescription de cinq ans fixée par la loi (1). L'ordre public serait un empêchement pour que les parties prorogeassent d'avance ce délai, et étendissent indéfiniment, par des renonciations anticipées, l'exercice d'une action que la loi a voulu limiter à un temps très-court.

45. J'ai dit qu'on ne peut renoncer à une prescription non acquise.

Mais on peut interrompre par pacte une prescription qui court, et l'empêcher de sortir à effet. Ce n'est pas là renoncer à une prescription à venir ; car, comme le remarque Bartole (2), on ne fait que détruire l'effet du temps qui a couru avant le contrat interruptif. On renonce donc purement et simplement à un droit acquis : *Quia propter hoc, renunciat paciscens juri jam sibi quæsito.* Mais on ne peut empêcher par convention la prescription de recommencer sur de nouveaux erremens l'instant d'après ; car, ainsi que le dit Bartole, *renuntiaretur juri ob utilitatem publicam introducto; quod fieri non potest.*

46. A ces principes, Bartole ajoute une limitation pleine de sens, et qui doit, à mon avis, servir de guide : c'est que les prescriptions qui demandent la bonne foi, comme celles de dix et vingt ans, peuvent être paralysées d'avance par un contrat de renonciation. Ce n'est pas à la vérité la force du pacte qui produit directement cet effet ; mais, comme il détruit la bonne

(1) *Voy.* mon Comm. *de la Vente*, p. 239, nº 711.

(2) Sur la loi *Nemo potest*, 58, D. *de Legat.*, 1º. *Infrà*, nº 612, et art. 1248.

foi, qui est une des conditions pour prescrire par dix et vingt ans, il force à se rejeter dans la prescription trentenaire. *Sed dic quod præscriptio 10 annorum pacto tollitur, non directò, sed quia inducit malam fidem, et sic facit cessare ea quæ sunt de substantiâ prescriptionis; et hoc tenet Dynus* (1).

Par exemple, Pierre achète de Martin, avec titre et bonne foi, une maison sise à Nancy, qui appartient à Jacques. Il la possède pendant cinq ans, et commence par conséquent à prescrire. Mais, au bout de ce temps, il fait avec Jacques une convention par laquelle il interrompt la prescription, en renonçant au délai écoulé. Il le peut, comme je l'ai montré au numéro précédent. Puis, déclarant qu'il a des doutes sur le droit qu'il a acquis, il consent à les soumettre à des arbitres, et stipule que d'ici là, et même en général à l'avenir, aucune prescription ne pourra recommencer à courir contre lui. Pierre, en témoignant du doute sur la légitimité de son acquisition, se ferme les voies de la prescription décennale (2). Il aura donc renoncé, par cette déclaration volontaire, à la prescription de dix ans, et, s'il ne peut empêcher une nouvelle prescription de courir, du moins cette prescription sera plus rigoureuse; ce sera la prescription de trente ans. Sous ce rapport, sa renonciation aura un effet légitime. Je m'étonne que Dunod insinue le contraire, avec l'autorité de Vasquius (3).

47. La péremption d'instance est une espèce de prescription abrégée; mais elle diffère de la prescription en ce que celle-ci éteint les droits et actions, tan-

(1) Sur la loi 1, D. *de Usurpat.* Il répète la même doctrine sur la loi *Nemo potest. Infrà*, n° 688.

(2) Voët, *ad Pand., de Usurpat.*, n° 6. *Infrà*, n° 937.

(3) Partie 1re, ch. 14, p. 112.

dis que la péremption ne fait qu'anéantir la procédure et l'instance, et laisse vivre l'action, laquelle n'est soumise qu'à la prescription ordinaire. La prescription ne court pas contre les mineurs, les interdits, etc. Il en est autrement de la péremption d'instance.

Malgré ces points de différence, je crois que la péremption convient avec la prescription, en ce qu'on ne peut pas y renoncer d'avance. A mon sens, celui qui aurait fait une promesse de ne pas opposer la péremption, si elle avait lieu, ne serait pas valablement engagé. En effet, c'est pour ne pas laisser les procès s'éterniser que la péremption a été introduite. Il serait contraire à l'ordre public que deux plaideurs s'entendissent pour donner un libre cours à leur humeur processive, et fissent de leurs différends une espèce de fidéicommis perpétuel qu'ils transmettraient à leurs enfans. Les motifs de l'art. 2220 se présentent donc ici dans toute leur force.

Toutefois, les parties qui désireraient terminer à l'amiable leurs contestations pourraient sortir du cercle judiciaire et suspendre le cours de la péremption. M. Pigeau (1) a très-bien dit : « Lorsque la partie qui « poursuit la péremption a demandé, pendant l'ins- « tance, à entrer en arrangement, ou fait des propo- « sitions d'arrangemens, ou demandé un sursis, et « que l'autre y a acquiescé, il n'est pas juste que cel- « le-ci soit victime de sa bonne foi et des vues qu'elle « a eues pour la pacification, en ne poursuivant pas. » C'est ce que la cour de Bastia a décidé par arrêt inédit du 20 novembre 1824, dans une espèce où les deux parties avaient fait des procurations en blanc, et les avaient remises à des arbitres pour rédiger une trans-

(1) T. 1, p. 471.

action. La cour pensa que la péremption avait été suspendue pendant tout le temps que le défendeur avait ignoré que son adversaire avait retiré la procuration donnée à son arbitre. Elle appliqua à la péremption la maxime : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio* (1).

48. Ce que j'ai dit de la péremption s'applique aussi aux déchéances. Toute convention par laquelle on promettrait de ne pas se prévaloir de déchéances à venir heurterait de front les dispositions de la loi, qui n'a déterminé des délais de rigueur que pour accélérer, dans la vue du bien public, la marche des affaires.

Ainsi, si une partie autorisait son adversaire à interjeter appel quand bon lui semblera, et promettait de ne pas se prévaloir de la tardiveté de cet acte, cette renonciation ne pourrait être prise en considération.

49. On a vu, au numéro 44, que l'art. 2220 autorise à renoncer à la prescription acquise. Cette renonciation à un droit tombé désormais dans le domaine privé a quelque chose de favorable ; elle est le plus souvent un acte de conscience et de délicatesse, et l'on conçoit à peine que, devant la cour de cassation, on ait soutenu qu'elle emporte avec elle une présomption naturelle de crainte donnant lieu à rescision (2).

50. On peut également renoncer à opposer la péremption d'instance quand elle est acquise (art. 399, Code de procéd. civ.). Il y a, à cet égard, parité complète entre la péremption et la prescription.

51. En est-il de même d'une déchéance?

---

(1) *Infrà*, n° 724.

(2) *Voy.* M. Dalloz, *Péremption*, p. 238, note (1), et *Journal du palais*, t. 1, p. 222. *Voy.* aussi l'arrêt de la cour de cassat. du 12 vendémiaire an 6, qui repousse cette singulière prétention.

M. Merlin se prononce d'une manière générale pour l'affirmative (1); mais cette opinion me paraît inadmissible, si on ne la tempère pas par quelques distinctions (2).

Une déchéance peut avoir été prononcée en vue de quelque intérêt particulier que la loi a voulu protéger. Lorsqu'elle est acquise, il n'y a pas de doute que l'opinion de M. Merlin ne soit ici tout-à-fait acceptable : l'intérêt privé est seul juge de ce qui ne touche qu'à lui-même (3).

Mais si la déchéance se lie à quelque principe d'intérêt public, si le droit consolidé par elle est de ceux qui ne peuvent être ébranlés ou modifiés par des pactions privées, il n'en est plus ainsi : l'intérêt particulier doit rester muet, ou sa renonciation est impuissante et sans portée.

J'en donne pour exemple la renonciation à la déchéance encourue pour défaut d'appel dans les trois mois. L'omission d'appeler dans ce délai entraîne déchéance, d'après la disposition de l'art. 444 du Code de procédure civile. Or, je pense et je vais établir qu'il n'est pas permis de renoncer à cette déchéance, et que le juge peut et doit suppléer la fin de non-recevoir qui résulte de ce qu'un appel est tardif lorsque celui à qui elle est acquise ne s'en prévaut pas.

M. Merlin a varié sur ce point de droit comme sur beaucoup d'autres (4). Après avoir soutenu, avec toute l'autorité de son talent, que cette fin de non-recevoir est d'ordre public (5), il s'est tout d'un coup ravisé

---

(1) *Répert.*, *Prescription*, t. 17, p. 399, et t. 16, v° *Appel*.

(2) Voy. *suprà*, n° 27.

(3) Témoin la renonciation à la déchéance de réméré. *Voy.* mon Comm. sur *la Vente*, n° 711, t. 2.

(4) *Voy.* son excuse, *infrà*, n°s 326 et 466.

(5) *Quest. de droit*, v° *Appel*, § 10.

en présence de l'art. 2223 du Code civil (1), et, assimilant la déchéance à une prescription, il en est venu à penser que le juge ne peut suppléer d'office un moyen qui se puise dans une véritable prescription. Pour sauver cette contradiction, M. Merlin dit qu'à l'époque où il développa sa première opinion, l'article 2223 n'existait pas encore. Mais on voit combien est faible ce palliatif; car, s'il est vrai que la déchéance qui frappe un appel tardif est établie en vue d'un intérêt public, comme M. Merlin l'a prouvé dans ses savantes conclusions, l'art. 2223 doit dès lors subir une exception nécessaire, et l'ordre public, contre qui aucun acquiescement ne saurait prévaloir, force le juge à rompre le silence.

Voyons donc si la déchéance d'appel est tellement étrangère à l'intérêt privé que la partie ne puisse y renoncer.

Lorsque M. Merlin soutint l'affirmative devant la cour de cassation, il s'appuya sur ce seul motif que c'est pour abréger les procès que la loi a voulu que le laps de trois mois emportât déchéance. Mais cette raison me paraît beaucoup trop faible pour être prise en considération. En effet, l'intention de prévenir les procès est bien pour quelque chose dans la disposition de la loi, qui veut que les parties n'introduisent leur action devant les tribunaux de première instance qu'après avoir tenté la voie de la conciliation (art. 48, Code de procéd. civ.). Cependant la cour de cassation, abandonnant une jurisprudence antérieure, a décidé, par deux arrêts des 22 thermidor et 11 fructidor an 11, que le défaut de citation en conciliation se couvre par le silence du défendeur devant le tribunal où est portée la demande (2).

(1) *Répert.*, vº *Appel*, t. 16.

(2) M. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Bureau de paix*. *Journal du*

Ainsi encore, la volonté d'abréger les procès a eu certainement une très-large part dans la loi qui veut que toute instance soit éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans (1); cependant, que disait l'ancienne pratique des tribunaux? que dit l'article 399 du Code de procédure civile? Que la péremption n'a pas lieu de droit, et qu'*elle peut se couvrir par des actes valables!*

On voit par ces deux exemples, les plus frappans qu'on puisse choisir, qu'il s'en faut de beaucoup que les exceptions fondées sur la haine des procès soient essentiellement d'ordre public, comme le veut M. Merlin (2). Aussi ne suis-je pas étonné que les conclusions de ce savant magistrat n'aient fait aucune impression sur plusieurs des membres de la cour de cassation, comme il l'avoue lui-même; mais ce qui me surprend encore plus, c'est que M. Merlin, ordinairement si judicieux, se soit égaré dans des hypothèses de nature à être controversées, pour laisser à l'écart la raison décisive et fondamentale que donnent tous les auteurs qui ont traité la question.

Lorsque les délais d'appel sont écoulés sans déclaration d'appel, il y a eu acquiescement tacite, et le

---

Palais, t. 3, p. 639. Sirey, 3, 2, 363, et 4, 2, 21. *Junge* Nîmes, 28 août 1821 (*Palais*, 1823, t. 1, p. 374). Agen, 19 février 1824 (*Palais*, 1825, t. 2, p. 333).

Voy. aussi le recueil de M. Dalloz, *Conciliation*, p. 722. On y trouve un arrêt de Toulouse qui persiste à penser que le défaut de conciliation est d'ordre public; mais le contraire a été consacré depuis par des arrêts si nombreux, que ce point est hors de doute.

(1) *Voy.* la loi *Properandum*, au C. *de Judiciis.*

(2) Les autres exemples cités par M. Merlin, pour prouver que les exceptions introduites pour prévenir, simplifier ou abréger les procès, sont d'ordre public, me paraissent en partie peu concluans. Si la loi ou la jurisprudence font au juge un devoir de suppléer d'office ces moyens, c'est parce qu'ils tiennent à l'ordre des juridictions, à la compétence, *ratione materiæ*, qu'il n'est pas permis aux parties de changer ni d'éluder.

jugement de première instance a forcément acquis l'autorité de la chose jugée. Or, comment le juge d'appel aurait-il juridiction? Il n'est juge que de ce qui a été décidé en première instance, et non en dernier ressort; il ne lui appartient pas de changer une chose immuable, de réformer ce qui, aux yeux de la loi, est assimilé à la vérité même : *Res judicata pro veritate habetur* (1).

« *Igitur*, dit Perezius, *modò intrà illud tempus* 10 *dierum contradictum fuerit sententiæ, rectè interposita censebitur appellatio. Eo autem lapso, frustranea erit,* QUUM SENTENTIA TRANSEAT IN REM JUDICATAM, *nec ampliùs appellationibus possit impugnari* (2). »

Scaccia, dans son traité *de Appellationibus* (3), après avoir cité Balde (4), Salicet (5), Mysingerus (6) et autres, qui veulent que le consentement formel des parties à procéder sur un appel tardif, n'en empêche pas la déchéance, donne ainsi qu'il suit la raison de décider de ces jurisconsultes : « *Ratio quia sententia a quâ non fuerit appellatum infrà* 10 *dies, transivit in rem judicatam, quam pacto non pòtuerunt impedire.* »

C'est donc, on le voit, sur un motif d'ordre public que les auteurs que je viens de citer se sont appuyés pour trancher la question; mais ce motif est tout autre que celui que M. Merlin a imaginé. C'est le respect pour la chose jugée et l'impossibilité de porter appel d'une décision désormais inattaquable.

---

(1) L. 207, D. *de Reg. juris.*
(2) *Prælect. ad codic., de Temp. et repart. appell.*, n° 1.
(3) Quest. 12, n°s 101 et suiv.
(4) Sur l'authentique *Hodie*, n° 5.
(5) *Ad C. de Appellat.*, quæst. 6, n° 2, *in fine.*
(6) *Cent.* 6, *Observ.* 49.

Je dois dire cependant que la solution que je viens de rappeler n'est pas universellement admise par les jurisconsultes anciens et modernes. Scaccia (1), après avoir rappelé le pour et le contre, paraît incliner de préférence à ce qu'on prenne en considération le silence des parties. Au moins, il ne cache pas que l'avis de Balde et de Salicet lui semble problématique. Voët enseigne que la volonté d'une partie est suffisante pour remettre à l'autre la déchéance de son appel (2). De nos jours, ces doutes ont été reproduits par M. Favard de Langlade, qui se fonde sur ce que le silence gardé par l'intimé sur la date de l'exploit est un fait de la partie que les juges ne doivent pas suppléer d'office (3); mais c'est là, ce me semble, rapetisser la question, et la trancher à l'aide d'un subterfuge fort mesquin. Comme si avant tout un juge ne devait pas examiner sa propre compétence, et la fixer de son propre mouvement, malgré l'ignorance ou l'oubli des parties!!!

Pour apporter un argument plus plausible au soutien du système de la recevabilité de l'appel, on peut dire que la partie à qui est acquis le bénéfice de la chose jugée peut renoncer à l'avantage qui en résulte (4), et qu'il a été décidé plusieurs fois par la cour de cassation que l'exception de chose jugée ne doit pas être suppléée par le magistrat; que même elle ne peut être proposée pour la première fois devant la cour de cassation (5).

Néanmoins, il faut préférer la doctrine qui inter-

(1) *Loc. cit.*

(2) *Ad Pand.*, *Quando appellandum sit*, n° 4.

(3) *Répert. de la nouvelle législation*, v° *Appel*, p. 175.

(4) M. Merlin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, p. 520. M. Toullier, t. 10, n° 75.

(5) *Voy.* M. Dalloz, v° *Chose jugée*, p. 581. Sirey, 20, 1, 470.

dit à la partie le pouvoir de renoncer à la déchéance de l'appel.

Mettons d'abord à l'écart le sentiment de Voët. Ce jurisconsulte raisonnait d'après les usages de la Hollande, qui permettaient très-facilement d'être restitué contre le défaut d'appel dans les délais. Lorsque celui qui avait droit de faire valoir l'exception d'appel tardif y renonçait volontairement, il était censé faire remise à son adversaire des frais de la demande en restitution, qu'il aurait certainement obtenue. Or, on le voit, cette opinion est inapplicable à notre droit et à celui des Romains. Elle ne peut être transportée hors de la législation locale pour laquelle elle a été professée.

Quant à la jurisprudence qui regarde l'exception de chose jugée comme établie dans l'intérêt privé, elle n'est pas suffisante, quelque vraie qu'elle soit, pour faire décider la question dans le sens de la recevabilité de l'appel. Une partie peut bien, en effet, renoncer au bénéfice d'un jugement passé en force de chose jugée; mais elle ne peut faire qu'il ne soit pas en dernier ressort. Or, les cours royales n'ont pas été établies pour reviser ce qui a été jugé définitivement; elles ne peuvent s'occuper du mérite d'un jugement passé en force de chose jugée. La nature de leur juridiction s'y oppose, et l'on sait que les juridictions sont d'ordre public (1). Il faut y faire attention : autre chose est renoncer à se prévaloir dans un procès d'une décision en dernier ressort rendue dans une autre instance sur la même question, autre chose est porter devant une cour l'appel d'un jugement définitif. Dans ce dernier cas, on se trouve forcé de proroger la juridiction

(1) Art. 170, C. de pr. civ. Art. 424, *id.* De là l'axiôme : *Il n'appartient pas aux parties de se donner des juges.*

d'une cour incompétente *ratione materiæ*, et c'est ce que les fonctions des cours royales ne sauraient autoriser (1), puisqu'elles sont exclusivement juges d'appel, et qu'il implique contradiction de porter appel d'une décision passée en force de chose jugée (2). Dans le premier cas, au contraire, il n'y a aucune prorogation de ce genre. Le débat suit son cours régulier devant les juridictions naturellement compétentes.

Ce qui doit mettre le sceau à cette doctrine, c'est que l'article 444 du Code de procédure civile prononce formellement la déchéance pour l'inobservation des délais d'appel. Or, l'influence de cette déchéance est sensible. De plein droit, elle imprime au jugement l'autorité de la chose jugée; de plein droit, elle inflige à la partie négligente une incapacité radicale, et dont elle ne saurait se faire relever. C'est là un obstacle insurmontable pour tout appel qui voudrait s'introduire dans un ordre de juridiction qui désormais ne peut que le repousser. Et ne peut-on pas dire que le législateur a voulu écrire cette peine en termes exprès dans la loi, pour faire cesser d'anciennes discussions (3)?

52. Voyons maintenant par quels actes on peut renoncer à une prescription acquise.

La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est l'article 2221 qui le décide en termes formels.

Elle est expresse lorsqu'elle résulte d'une déclara-

---

(1) Argum. des art. précités du C. de pr. civ.

(2) Balde a dit, dans son mauvais jargon, *que l'appel est une thériaque contre le poison d'un mauvais jugement;* mais il n'entend parler que d'un jugement en premier ressort : un jugement en dernier ressort étant assimilé à la vérité même.

(3) En ce sens, *voy.* M. Poncet, *des Jugemens*, t. 1, p. 459, n° 281. M. Dalloz, v° *Appel*, p. 513. Arrêt de la cour de Nîmes du 12 décembre 1820 (Dall., *loc. cit.*).

Contrà, Cassat., 22 thermidor an 9 (*Palais*, t. 2, p. 162). Colmar, 18 novembre 1815 (Dall., *loc. cit.*, p. 467).

tion explicite contenue dans un acte qui fait preuve de son contenu. Je considère comme renonciation expresse celle qui résulterait d'une renonciation à se prévaloir *des déchéances* dont un acte est frappé. Il est vrai que la déchéance diffère de la prescription par des nuances que j'ai relevées ailleurs (1) ; mais il faut décider qu'ici le mot déchéance est employé pour désigner toutes les exceptions quelconques fondées sur la négligence, et qui empêchent le créancier d'agir. Les parties ne connaissent pas toujours la valeur scientifique des mots. C'est leur esprit qu'il faut consulter, et non des raffinemens académiques bons pour les savans (2).

La renonciation à la prescription est tacite lorsqu'elle résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis (art. 2221 précité) (3).

Mais, avant de passer en revue les actes d'où l'on peut faire résulter une renonciation tacite à la prescription, arrêtons-nous un instant ici pour poser quelques principes qui dominent cette matière.

53. D'abord, la renonciation doit émaner d'une personne capable. Nous nous occuperons plus spécialement de ce point quand nous analyserons l'art. 2222 du Code civil.

54. En second lieu, la renonciation, étant un acte qui prend sa source dans la volonté de l'homme, doit être entièrement libre et spontanée ; il faut qu'elle ne soit pas surprise ou arrachée par dol, fraude, violence. Mais ces moyens de coaction ne se présument

---

(1) *Suprà*, n° 27.

(2) Cassat., 24 février 1826 (Dall., 26, 1, 159).

(3) Voy., à cet égard, Olea, *de Cessione jurium*, t. 1, quæst. 3, n° 15. Paul Galleratus, *de Renunciatione*, t. 1, lib. 5, cap. 1.

pas, et la renonciation est toujours supposée libre jusqu'à preuve contraire (1).

55. En troisième lieu, la renonciation, étant une véritable aliénation, doit être faite avec grande connaissance de cause. Elle n'est admissible que lorsqu'elle porte sur un droit dont on est parfaitement certain, et il y aurait vice dans une renonciation à une prescription qu'on ignorerait (2). Du reste, c'est au renonçant à prouver son ignorance (3).

Puisque la renonciation à la prescription est un acte qui doit procéder d'une volonté intime et réfléchie, on ne doit pas la faire résulter de ces déclarations qui se trouvent dans les écritures des procès, et qui sont plutôt le fait de l'avoué ou de l'avocat, que de la partie elle-même, à qui elles sont étrangères.

En voici un exemple :

Dans une contestation devant le tribunal de Clamecy, les sieurs Ratier et consorts, créanciers du sieur Ouvré, demandèrent la nullité de l'inscription de la dame d'Osmond, et ils conclurent à ce que tous les créanciers se pourvussent par la voie de la contribution au marc le franc.

Jugement qui adopte ce système. La comtesse d'Osmond appelle; mais alors les intimés poussent plus loin leur prétention; ils contestent même à la dame d'Osmond le droit de venir à contribution, par la raison que sa créance est prescrite. Celle-ci répond que la légitimité de son droit a été tellement reconnue que les intimés avaient consenti à ce qu'elle fût admise au partage des deniers à distribuer. Mais, par

---

(1) Donadeus, *de Renunt.*, cap. 1, nos 41 et suiv.

(2) Corvinus, *Enarrat. ad codic.*, lib. 4, t. 6, p. 366. Vasquius III, *illust. Cont.*, 63, no 9. Duaren, *de Condict. indeb.*, cap. ult., *suprà*, no 33.

(3) *Suprà*, no 33.

arrêt du 28 mai 1824, la cour de Bourges (1) décida que ce n'était pas là, de la part des créanciers, une renonciation à opposer la prescription; qu'*en concluant à ce que les parties fussent renvoyées à se pourvoir par contribution au marc le franc*, ils conservaient néanmoins le droit implicite d'établir, devant le juge-commissaire chargé de la vérification des créances, que celle de la comtesse d'Osmond devait être écartée, comme prescrite.

M. Vazeille (2) pense que cette décision méconnaît les art. 2221 et 2224 du Code civil, et qu'il y avait dans l'espèce abandon du droit acquis à la prescription, par la raison que les créanciers avaient consenti à ce que la dame d'Osmond fût payée au marc le franc.

Cette opinion est beaucoup trop sévère. Les créanciers, opposés d'intérêt à la comtesse d'Osmond, n'avaient été frappés que d'une seule idée dominante : c'est que cette dame n'avait pas de titre hypothécaire; c'est qu'aucune cause de préférence n'existait entre créanciers. Voilà la pensée qu'ils traduisaient dans leurs conclusions, lorsqu'ils demandaient *que les parties fussent renvoyées à se pourvoir par contribution*; mais il me paraît certain que, toute cause de préférence étant écartée, ils se réservaient le droit de discuter le mérite des créances devant le juge-commissaire chargé de les vérifier. Il y a, en effet, quelque chose de caractéristique dans le vague des expressions dont ils se servaient pour demander leur renvoi devant ce juge. Aucun acquiescement, aucune reconnaissance ne s'y trouvaient joints; ils disaient : « Vous « vous êtes pourvue hypothécairement, c'est une er« reur de votre part; pourvoyez-vous par la voie de

(1) Dall., 25, 2, 111.
(2) T. 1, n° 346, p. 403.

« la distribution au marc le franc; que la justice nous « renvoie à procéder suivant cette marche! » Or, il est clair, du moins pour moi, qu'il n'y avait là aucune reconnaissance du droit au fonds; qu'au contraire, toutes les exceptions légitimes se trouvaient maintenues et conservées. Et pourquoi, d'ailleurs, en eût-il été autrement? Des créanciers, porteurs de titres loyaux, n'ont pas en général de raison pour renoncer à une prescription qui fortifie leur droit, et dont l'usage n'engage en rien leur délicatesse et leur conscience. Une simple phrase, dont la portée n'a peut-être pas été calculée, et qui est le plus souvent l'ouvrage de l'avocat ou de l'avoué, doit-elle être prise avec une rigueur judaïque, et opposée à la partie dont elle n'exprime pas les sentimens personnels? Ne faut-il pas que, dans une circonstance semblable, le juge s'élève à une interprétation large et équitable?

56. En quatrième lieu, il faut que les actes dont on prétend induire une renonciation établissent la preuve irréfragable et non équivoque d'un abandon. Cette règle ressort des termes mêmes de l'art. 2221; la jurisprudence l'a souvent rappelée en termes énergiques. On peut consulter à cet égard un arrêt de la cour de Riom du 20 juin 1827 (1) et un arrêt de la cour de Bourges du 18 mars 1825 (2).

La cour de cassation a été plus loin, et, par une décision du 15 décembre 1829 (3), elle a établi que la prescription, étant une présomption légale et formelle de libération, ne *peut être détruite par de simples inductions*; qu'il faut prouver la renonciation à ce moyen par des *aveux, affirmations et consente-*

(1) Dall., 33, 2, 248.
(2) *Palais*, 1826, t. 1 p. 535. Dall., 26, 2, 245.
(3) Dall., 30, 1, 48.

mens. Mais il ne serait pas difficile de prouver que, dans un nombre infini d'affaires, la cour de cassation, contraire à elle-même, a admis des renonciations fondées sur des inductions (1). Le considérant que je viens de rappeler ne saurait donc être regardé comme un considérant de principe : il est trop hasardé pour tirer à conséquence.

Comment, en effet, la cour de cassation peut-elle dire, en présence de l'art. 2221 du Code civil, que la prescription ne peut être ébranlée par de simples inductions? Quoi donc! lorsque cet article déclare que la renonciation peut être tacite, et qu'elle résulte de faits qui *supposent* l'abandon du droit acquis, ne fait-il pas un appel au raisonnement, ou, ce qui est la même chose, à l'*induction*, qui est un des procédés du raisonnement, et l'un des moyens les plus sûrs d'asseoir notre jugement lorsque l'évidence intuitive vient à nous manquer? Et puis, de quel droit la cour de cassation prétend-elle emprisonner la logique du magistrat dans des *aveux, affirmations et consentemens?* Oublie-t-elle que la loi est beaucoup plus large, et se contente d'un *fait* quelconque, pourvu qu'il conduise directement à la preuve de la renonciation?

Laissons donc de côté ces exagérations, et cherchons à rentrer dans le vrai (2). Tout ce qui portera avec soi la conséquence nécessaire que la prescription a été abandonnée sera une preuve suffisante qu'il y a eu renonciation tacite. La loi n'a pas tracé au juge des procédés artificiels pour former sa conviction; elle s'en rapporte

---

(1) *Voy.*, par exemple, un arrêt du 27 janvier 1829, rapporté au *Journal du Palais*, 1829, t. 2, p. 256, et dans Dalloz, 29, 1, 121.

(2) Il paraît que la cour de cassation tient à ce système, car elle répète encore, dans un arrêt du 10 mars 1834, que *la renonciation à la prescription doit être expresse*!!! (Dall., 34, 1, 171). Quel démenti à l'art. 2221 !!!

à sa prudence, à sa justice, à son bon sens; elle ne lui donne qu'un conseil, c'est de n'admettre comme renonciation que ce qui fait supposer nécessairement un abandon du droit acquis; mais c'est, en définitive, sa conscience et ses lumières qui sont ici l'arbitre.

Remarquons toutefois que, s'il y avait abus de sa part pour admettre une renonciation là où elle n'existerait pas, la cour de cassation pourrait casser sa décision, comme violant l'art. 2223 (1).

Quelques exemples feront connaître ce qu'il y a d'équivoque et de douteux dans certains actes d'où l'on prétendrait faire résulter une renonciation.

Ainsi, par exemple, je me présente au bureau de paix, et je déclare que je paierai si l'on produit un titre obligatoire. Est-ce là renoncer à faire valoir ultérieurement le moyen de prescription? Non, sans doute! C'est même le réserver implicitement; car, un titre n'étant obligatoire qu'autant qu'il n'est pas prescrit, j'ai maintenu mon droit intact à peu près comme si j'avais dit : Je vous paierai si vous me présentez un titre dont la prescription ne m'a pas libéré (2).

Ainsi encore, si je soutiens en premier lieu que je vous ai rendu compte, et que je me suis par conséquent libéré, rien ne m'empêche de vous opposer ensuite (faute par moi de pouvoir faire cette preuve) que ma dette est prescrite. Ce sont deux moyens divers qui concourent au même but et qui s'échelonnent parfaitement; car qu'ai-je prétendu? Que je vous ai payé.

---

(1) Arrêt du 19 avril 1815 (Dall., *Prescript.*, p. 241, *Palais*, t. 17, p. 265).

(2) Bordeaux, 7 février 1827 (Dall., 27, 2, 72). La cour de Limoges a rendu, le 26 mars 1819, un arrêt à peu près semblable, dans une espèce où le débiteur avait dit qu'il *entendait faire compte de ce qu'il pouvait devoir* LÉGITIMEMENT; et où il avait *offert de payer, s'il devait* (Dall., *Prescription*, p. 243, note 8).

Or, si les moyens me manquent pour faire cette preuve par des quittances, par une reddition de compte, par un acte écrit, ne suis-je pas toujours fidèle à mon système, quand j'articule la prescription, qui établit une présomption que j'ai effectivement payé (1).

C'est par cette raison qu'il a été jugé, par un arrêt de la cour suprême en date du 19 avril 1815, portant cassation d'un arrêt de la cour de Paris, que celui qui soutient *ne rien devoir* ne renonce pas à la prescription, et conserve son droit intégral de la proposer en tout état de cause. On s'étonne que le contraire ait pu trouver accès auprès de magistrats éclairés; car, puisque la prescription est un moyen de libération, n'est-elle pas l'une des causes sur lesquelles l'on peut se fonder pour dire : *Je ne dois rien* (2).

Voici un arrêt de la cour de Bordeaux qui est intéressant à connaître; je le signale comme ouvertement contraire aux règles exposées aux numéros 54, 55, 56, et comme violant cette autre maxime de tous les temps et de tous lieux, que la renonciation ne se suppose pas facilement, et qu'il faut lui trouver une cause plausible et une manifestation non équivoque.

Depuis trente-quatre ans, le sieur Paupin jouissait d'un terrain attenant à son jardin. Il paraît que ce terrain lui avait été concédé par un sieur Chaduc, qui lui-même le tenait, depuis le 15 décembre 1774, du sieur Guiton de Monrepos. Peu de temps avant son décès, Paupin le laissa usurper par Belcastel, neveu de Guiton, qui éleva une cloison pour l'enfermer dans sa propriété. Paupin mourut, et ses héritiers se turent sur ce nouvel œuvre pendant sept ans environ. Mais alors (c'est-à-

(1) Bourges, 1er février 1827 (Dall., 27, 2, 162 et 163).
(2) Dall., *Prescript.*, p. 241, note n° 6. *Palais*, t. 17, p. 265.

dire en 1825), Belcastel ayant vendu à Fouleiron le terrain dont il s'agit, les héritiers Paupin actionnèrent en désistement l'acquéreur, qui s'empressa de recourir en garantie contre Belcastel. Les héritiers Paupin produisirent une copie informe de l'acte du 15 décembre 1774; mais ils ne purent justifier de son existence authentique. Ils se bornèrent à articuler que leur auteur avait joui paisiblement et à titre de propriétaire depuis 1774 jusqu'en 1819.

Pressé par ce moyen décisif, Belcastel eut l'idée de proposer le système suivant : « La prescription, dit-il, n'est qu'une exception. On ne peut l'employer que pour résister à une action, mais jamais pour expulser le possesseur par voie de demande. Il suit de là que celui qui s'est laissé déposséder renonce par là même à son droit, et que la prescription ne peut lui profiter. »

On voit l'erreur énorme qui dominait cette défense. Il est faux que la prescription ne soit qu'une exception; elle est un moyen d'acquérir, une cause investitive, qui peut servir de base à une action. Il n'y a que la prescription à fin de se libérer qui soit une exception. Mais c'est une hérésie fondamentale de soutenir que celui qui a acquis par la prescription n'a pas un moyen d'attaque pour se faire réintégrer quand il a été dépossédé. Depuis que Justinien a égalé la prescription avec l'usucapion, moyen civil et légitime d'acquérir le domaine, on ne peut énoncer une aussi étrange proposition sans se mettre en contradiction avec les plus pures notions du droit (1).

(1) L. 8, C. *de Præscript. 30 vel 40 annor.* Justinien dit même que ce droit de revendication existait avant lui et au profit de celui qui avait prescrit par dix et vingt ans, avec titre et bonne foi, et que la chose n'était pas douteuse, si on voulait l'examiner de près. *Junge* Brunemann, sur cette loi, et Ferrières, *sur Paris*, t. 6, § 1, n° 6. *Suprà*, n° 28.

Ce furent cependant ces principes qui furent consacrés en première instance. Et, sur l'appel, arrêt de la cour royale de Bordeaux du 12 janvier 1828, ainsi conçu (1) : « Attendu que les appelans n'ont pas con-« testé qu'ils aient été dépossédés depuis sept ans du « terrain dont il s'agit, et que, pendant tout ce temps, « les intimés en avaient joui à leur vu et su, sans « qu'ils eussent élevé la moindre réclamation, quoique « leurs propriétés fussent contiguës ; sans que Arnaud « Paupin, leur auteur, en eût élevé aucune pendant « sa vie ; qu'il résulte *évidemment* de ces faits une « renonciation tacite à la prescription trentenaire qu'ils « prétendent avoir acquise. »

J'avoue que cette conclusion ne me paraît rien moins qu'évidente, et, quoi qu'en dise M. Vazeille (2), je ne saurais y voir l'*arrêt de la conscience, qui restitue à César ce qui est à César*.

D'abord, on ne trouve dans les faits de la cause aucune circonstance qui indique que Paupin ou ses héritiers aient cru leur délicatesse engagée à laisser à Belcastel le terrain litigieux. Ils ne pouvaient voir en effet en lui le véritable propriétaire, puisque des traces de titres leur prouvaient que Guiton de Monrepos, son auteur, s'était volontairement dépouillé à titre de vente ; à leurs yeux, Paupin avait acheté de Chaduc, du moins telle était et telle devait être la conviction de la famille, d'après les renseignemens qui étaient entre ses mains ; et cet individu avait consolidé son droit par trente-quatre ans de jouissance. En présence de tous ces faits, je ne crains pas de dire qu'il y a eu torture imposée à la vérité dans l'arrêt qui admet la renonciation à la prescription. On n'est censé renon-

(1) Dall., 28, 2, 29. *Palais*, 1828, t. 1, p. 214.
(2) T. 1, p. 406.

cer à la prescription que quand il existe pour la conscience une crainte sérieuse de posséder le bien d'autrui ; mais une abdication tacite est tout-à-fait improbable lorsque le droit sur lequel on s'appuie est certain et loyal, et qu'il se trouve en conflit avec une prétention équivoque, démentie par des documents de famille, contraire aux traditions, et repoussée par une possession respectable. Dans un cas pareil, la renonciation manque de cause. Elle est inexplicable. Le défaut de réclamation pendant sept ans ne saurait lui prêter appui. Car, le silence du propriétaire n'éteint son titre que quand il se prolonge pendant le temps requis pour la prescription ; sinon, il n'est qu'une négligence ou une ignorance de son droit qui ne préjudicie pas.

En définitive, l'arrêt de la cour de Bordeaux me paraît conduire à des conséquences très-dangereuses, et renverser toute l'économie de la loi sur les prescriptions; il ne consacre pas expressément, à la vérité, le système tout-à-fait erroné, formulé en droit par Belcastel; mais il aboutit au même résultat : il l'accepte sans oser l'avouer. Il réduit la prescription à une pure exception, incapable de produire une action. Il limite arbitrairement la durée des actions; il punit l'oubli momentané, l'erreur souvent légitime d'un héritier, qui ne connaît pas sa position, par une dépossession irréparable. Il encourage les usurpations et les violences qui trop souvent les accompagnent. Aussi répéterai-je avec Mᵉ Boyer, rédacteur du journal de jurisprudence de Bordeaux, et avec Mᵉ Dalloz : « Nous « avons peine à croire que cet arrêt fasse jurisprudence. »

Du reste, j'en ai dit assez pour le moment sur ce sujet; j'y reviendrai plus tard (1), en examinant plu-

---

(1) Nᵒˢ 63 et suiv.

sieurs arrêts qui ont statué sur des questions de renonciation.

57. Pour que le magistrat soit en état de décider si les faits qu'on lui signale sont empreints d'un caractère évident de renonciation, il devra examiner avec soin s'il n'ont pas été accompagnés d'une protestation qui les explique et les rende incompatibles avec toute idée d'abdication volontaire (1). Ce point est important; je m'y arrêterai donc pendant quelques instans.

Montrons d'abord par un exemple en quoi la protestation influe sur l'acte d'où l'on infère la renonciation.

Si Pierre paie une partie de la dette prescrite, il renonce implicitement à opposer la prescription pour le surplus (2); mais, s'il proteste qu'il ne reconnaît la dette que pour la partie qu'il a acquittée, il conserve tous ses droits pour l'excédant. Ainsi, l'acte d'où l'on aurait induit la renonciation dans l'état ordinaire des choses perd sa qualité préjudiciable; par la puissance de la protestation qui vient l'expliquer et le limiter.

Cela est fondé sur la règle : *Actus agentium non debet operari ultrà eorum intentionem*.

58. Les docteurs se sont longuement étendus sur la matière des protestations. Suivant l'habitude scolastique de diviser et de subdiviser à l'infini, ils avaient fait des classifications si nombreuses des diverses espèces de protestations, qu'il était impossible de s'y reconnaître (3). Tout ces efforts stériles ne tendaient qu'à fatiguer l'esprit, au lieu de l'éclairer. Aussi Bartole lui-même, quoique l'un des chefs de cette

(1) Argum. de l'art. 435 du C. de comm. M. Pardessus, t. 2, p. 210.

(2) L. 7, §§ 15 et 16, D. *de S. C. Maced.* (Ulp.).

(3) On peut dire de ces jurisconsultes ce que Leibnitz disait des philosophes scolastiques : *Scholasticos agnosco abundare ineptiis; sed aurum est in illo cœno*.

école, disait-il, qu'on ne pouvait tirer aucun avantage de ces subtilités : *Ex quibus quasi nullus intellectus assumitur* (1). Après avoir défini la protestation « une dénonciation ou explication formelle par laquelle on prend à témoin qu'on n'entend pas se préjudicier par l'acte auquel on procède (2), » ce jurisconsulte ramenait toutes les distinctions des auteurs à quatre espèces principales de protestations : 1° Protestations déclaratoires, *protestatio declaratoria voluntatis protestantis*; 2° protestation prohibitoire, *protestatio prohibitoria, seu inhibitoria, ne aliquid fiat*; 3° protestation incitatoire, *protestatio incitatoria ut aliquid fiat*; 4° protestation certificatoire, *protestatio certificatoria, significans quod est vel non est* (3).

Ces distinctions ont leur importance et leur utilité. Mais nous n'avons à nous occuper ici que de la protestation déclarative, c'est-à-dire de celle qui fait connaître que l'intention de celui qui proteste est de ne pas se porter préjudice par tel ou tel acte; de celle, en un mot, qui sert de remède contre un fait dont on pourrait induire une renonciation. « *Ubi facta est*, dit Surdus (4), *plurimùm prodest, quia declarat consensum a contractu abesse*. »

Rappelons brièvement les règles principales qui la gouvernent.

59. La protestation déclarative peut, suivant les circonstances, se rapporter à un fait présent ou à un fait futur. Elle concerne un fait présent lorsque, par exemple, en payant une partie de créance, je déclare ne pas reconnaître l'autre partie. Le paiement

---

(1) Sur la loi *Non solùm*, § *Mortem*, D. *de operis novi Nunciatione*.

(2) *Protestatio est denunciatio cum testatione facta* (*loc. cit.*).

(3) *Loc. cit.*

(4) *Conseil*, 513, n° 36.

partiel, qui, sans protestation, emporterait remise de la prescription pour le tout, se trouve dégagé de toute idée de renonciation ; car je ne l'ai fait qu'à la condition qu'il ne me porterait pas préjudice. La protestation déclarative qui concerne un fait présent s'appelle protestation pure et simple. Elle ne s'étend pas à d'autres faits que celui qu'elle a en vue et qui se réalise à l'instant même. «*Et qui tum fit,* dit Bartole, *non autem porrigitur ad ea quæ fiunt posteà ex intervallo* (1). »

La protestation déclarative peut se référer à des faits futurs, comme, par exemple, lorsque je déclare que, par les paiemens que je ferai à l'avenir, je n'entends pas renoncer à la prescription que j'ai acquise, mais que mon intention est simplement d'acquitter la portion de la créance encore existante. Une pareille protestation s'appelle *dérogatoire* (2) ; elle retranche toute idée de renonciation dans les actes postérieurs auxquels elle se lie.

On va voir qu'il n'est pas inutile de tenir compte de ces nuances ; elles nous serviront pour la solution d'une question que j'examinerai tout à l'heure.

60. Pour que la protestation déclarative soit et demeure efficace, comme remède contre une renonciation, il ne faut pas qu'elle soit elle-même l'objet d'une renonciation qui vienne l'abroger.

Ici deux difficultés sont proposées : la première consiste à savoir si celui qui, après avoir fait une protestation, la fait suivre d'actes qui semblent incompatibles avec elle, est censé renoncer à ses réserves ; la seconde consiste à savoir si une protestation a quelque

---

(1) *Loc. suprà cit.*

(2) Surdus, *Conseil*, 513, n° 36. Donad., *de Renunt.*, cap. 1, n° 68.

vertu lorsqu'elle accompagne un acte avec lequel elle est inconciliable.

De ces deux points, le premier a été traité par une foule d'auteurs anciens, Bartole, Jason, Décius, Socin-le-Jeune, Menochius, Donadeus, etc.; il se résout aisément par une distinction : ou la protestation est pure et simple, ou elle est dérogatoire.

Si elle est pure et simple, tous les faits contraires et postérieurs au fait expliqué par la protestation détruisent cette protestation. «*Qui facit actum protestationi contrarium videtur a protestatione discedere*,» dit Surdus (1), d'après Bartole (2). La raison en est que la protestation pure et simple ne s'applique qu'au fait présent auquel elle se lie et dont elle est le commentaire; qu'elle ne réserve l'intégrité des droits du renonçant que relativement à ce seul fait, sans pouvoir jamais être étendue aux faits postérieurs. Or, si parmi les faits postérieurs il y en a d'inconciliables avec la protestation, ils l'emporteront sur elle; car, entre deux dispositions qui se contrarient, on doit se tenir à la dernière, qui est censée déroger à la précédente (3).

Si la protestation est dérogatoire, il n'en est pas de même : loin que l'acte qu'on représente comme contraire à la protestation en détruise l'effet, c'est cet acte lui-même qui est limité par la protestation. C'est ce que Bartole exprime avec énergie : «*Tunc per actum contrarium non tollitur protestatio, sed per protestationem ipse actus tollitur.*»

Si, par exemple, je déclare ne pas vouloir renoncer à la prescription qui m'est acquise par les paiemens postérieurs que je ferai, attendu que je les ferai

(1) *Conseil*, 371, nos 66 et 67.
(2) Sur la loi *Non solùm*, § *Mortem; de operis novi Nunciat.*
(3) Surdus, *Conseil*, 456, nos 33 et 34.

tion pour mon compte, mais pour celui d'un tiers dont je suis le *negotiorum gestor*, ma protestation sera toujours présente pour déterminer ma qualité et réserver tous mes droits. Pour en détruire l'effet, il faudrait que j'abdiquasse hautement et clairement cette qualité intermédiaire qui me sauve du péril de la renonciation.

61. Le second point que nous avons annoncé n'est pas susceptible de grandes controverses, et tous les docteurs se sont accordés pour proclamer la maxime suivante : *Protestatio contrà factum nihil relevat* (1). En effet, à quoi sert une protestation, lorsque le fait contre lequel on proteste ne peut se soutenir à aucun autre titre qu'à titre de renonciation?

Par exemple, on sait que l'emphytéote qui est en retard de payer le canon pendant trois ans est déchu de son droit (2); mais, si le maître consent à recevoir non-seulement ce qui était échu, mais encore des canons à échoir, en protestant néanmoins qu'il se réserve le droit de faire déclarer caduc le contrat emphytéotique, il est clair que cette protestation est illusoire. Car il ne peut recevoir les canons du temps à venir sans renoncer à la déchéance; l'emphytéote ne peut les payer à aucun autre titre qu'à titre d'emphytéote; son paiement ne se soutient que parce que la renonciation du propriétaire lui a conservé sa qualité. C'est bien là le cas de dire : *Protestatio contraria facto nihil relevat* (3).

---

(1) *Voy.*, sur ce cas, M. Merlin, *Répertoire*, t. 15, vo *Bénéfice d'inventaire*, p. 63, col. 1; t. 16, p. 525, col. 1, *in fine*, et p. 379, col. 1, *in fine*.

Parmi les autorités dont il s'appuie, il cite, comme exprès, le chapitre *cum M. ferrariensis* (aux décrets *de Const.*), qu'il intitule à tort, *cum in ferrariensis*; mais ce texte offre plutôt une induction qu'une décision explicite. *Junge* M. Dalloz, vo *Acquiescement*.

(2) Donellus, *Comment.*, lib. 9, cap. 15.

(3) *Voy.* Fachin, *Cont.*, lib. 1, cap. 99.

De même, si je paie une somme que je dois, tout en protestant que je ne renonce pas à la prescription, il y a dans ma conduite une contradiction flagrante, qui frappe d'impuissance ma protestation et la fait considérer comme non écrite; car, si ma dette est prescrite, rien ne m'oblige à la payer, et si je la paie, c'est que je renonce à la prescription. Le fait doit l'emporter sur de vaines paroles : un paiement réel, effectif, spontané, est plus grave et plus digne de considération que des réserves labiales et des mots souvent irréfléchis.

62. Enfin, pour que la protestation soit utile, il ne faut pas qu'elle soit de style; car *ea quæ sunt styli non operant* : elle doit prendre sa source dans la volonté de celui qui proteste.

On sait que les officiers ministériels ont introduit dans le langage des actes une multitude de mots parasites, accumulés machinalement les uns sur les autres, et dont on peut dire : *Sine mente sonum*. Dans quelques provinces où l'instruction est moins généralement répandue que dans le nord et l'est de la France, il y a des notaires qui suivent des protocoles bizarres, hérissés de mots scientifiques, inintelligibles pour les parties comme pour eux-mêmes. Le cardinal Deluca se moque, par exemple, des renonciations et protestations qu'ils glissent en langue latine dans des actes où figurent des femmes et des personnes rustiques (1). M. Grenier dit avoir vu des actes anciens où les notaires faisaient renoncer à *l'empereur Adrien*, au lieu de dire au *bénéfice de l'épître de l'empereur Adrien* (2). Froland raconte que, dans un contrat qui passa sous ses yeux, le notaire avait déclaré que la femme avait re-

(1) *De Renunt.*, disc. 2, n° 8.
(2) *Hypothèq.*, t. 2, p. 55.

noncé au *bénéfice accordé par l'empereur Vellejen* (1)! Quoique les notaires soient généralement beaucoup plus éclairés qu'ils ne l'étaient jadis, néanmoins il y a encore des exemples de pareilles erreurs, et surtout de ces clauses oiseuses privées de sens et d'intention. Une protestation qui ne serait basée que sur des déclarations aussi insignifiantes et aussi vagues courrait risque d'être rejetée, comme étant le fait de l'officier instrumentaire plutôt que celui de la partie.

63. Après avoir exposé ces règles générales sur les qualités que doit avoir la renonciation pour être sérieuse, faisons passer sous les yeux du lecteur quelques cas d'où la jurisprudence a tiré la preuve qu'il y avait ou non renonciation tacite à la prescription.

1° Le premier est le cas où le débiteur a payé la dette. Tout paiement suppose une obligation. Lors donc que le débiteur a payé, c'est qu'il a entendu reconnaître qu'il était encore obligé, c'est qu'il a répudié comme contraire à la délicatesse le moyen de prescription que la loi mettait à sa disposition.

Néanmoins, cette preuve de renonciation n'est pas une de celles qui, par leur certitude invariable, repoussent toute preuve contraire. Le débiteur pourrait prouver qu'il n'a payé que par erreur, croyant que la prescription ne lui était pas acquise. Il faut recourir à ce que j'ai dit *suprà*, n° 33 (2).

64. 2° Pour être censé avoir renoncé à la prescription, il n'est pas nécessaire d'avoir payé la totalité de la dette : le paiement partiel suffit pour établir une

---

(1) *Des Statuts*, p. 51.

(2) M. Merlin va évidemment trop loin, lorsqu'il croit qu'en général l'art. 2221 exclut du droit de répétition le débiteur qui a payé la dette prescrite (*Prescript.*, p. 487, n° 3).

présomption suffisante qu'il y a eu renonciation (1). De là la maxime des docteurs : *Minimâ agnitione debiti tollitur præscriptio.*

Elle est fondée sur la loi 7, § 15 et 16 au D. *de S. C. Maced.*, dont le dernier § est ainsi conçu : *Si paterfamilias factus* PARTEM *debiti solverit, cessabit senatusconsultum, nec solutum repetere potest* (2).

Ainsi, celui qui paie les arrérages d'une rente depuis que la prescription est accomplie est censé renoncer à la prescription, et il fait revivre le fonds qu'il aurait pu faire déclarer éteint (3).

65. 3° Non-seulement le débiteur renonce à la prescription lorsqu'il paie, mais encore lorsque, par un acte quelconque, il reconnaît l'existence de la créance.

Une preuve certaine de reconnaissance a lieu lorsqu'il consent à donner caution pour le paiement de sa dette (4). C'est là plus qu'un aveu : c'est une nouvelle sanction donnée à l'obligation, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas le résultat de l'erreur (5).

Ceci n'est pas en contradiction avec ce que j'ai enseigné au n° 30. Je parlais alors d'un cautionnement donné par un tiers à une obligation frappée par la

---

(1) A moins qu'il n'y ait valable protestation. *Suprà*, n°s 53, 56. Pothier, *Oblig.*, n° 666.

(2) Godefroy a très-bien dit sur cette loi : *Partis approbatione, totum approbamus.* Note (*a*).

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 666. *Infrà*, n° 618. Cassat., 23 mai 1832. *Palais*, 32, t. 2, 506.

Bien entendu cependant que le paiement des derniers arrérages ne fait pas revivre les arrérages antérieurs prescrits. Chaque année forme une créance distincte ayant sa prescription spéciale. Le paiement des derniers arrérages ne fait revivre que le fonds, parce que, sans le fonds, il n'y aurait pas d'annuités à payer (M. Vazeille, t. 1, n°s 227 et 341).

(4) *Infrà*, n° 618.

(5) Auquel cas il faudrait appliquer ce que j'ai dit *suprà*, n° 33.

prescription. L'obligation principale étant éteinte, une obligation accessoire ne peut y accéder, et le fait d'un tiers, qui vient s'immiscer dans les affaires du débiteur sans son concours, et peut-être malgré lui, ne saurait faire revivre une obligation anéantie par un moyen de droit dont rien n'annonce que ce débiteur ne veut pas profiter. Ici il en est autrement : c'est le débiteur qui agit, qui cautionne, qui renonce ; il use de son droit, et rien n'est plus logique que la renonciation que l'on attache à son cautionnement.

C'est faute d'avoir fait cette distinction que M. Dalloz a dit, dans son recueil (1), que la loi *Si quis* 37, *D. de fidejuss.*, qui déclare sans effet le cautionnement d'une dette prescrite, *est évidemment inadmissible dans notre droit*. Cette loi, dont je me suis prévalu ci-dessus (2), ne parle que d'un cautionnement donné par un tiers, sans l'assistance du débiteur, et je ne doute pas que, dans ce cas, M. Dalloz lui-même n'admette avec elle l'inefficacité du cautionnement ; mais elle est étrangère au cas où c'est le débiteur qui, en donnant une caution du paiement, reconnaît qu'il est encore obligé, et renonce ainsi à la prescription.

66. 4° Il y a aussi renonciation implicite à la prescription lorsque l'on consent à faire une compensation (3) ou à opérer une novation volontaire dans la créance. La compensation est une sorte de paiement, et l'on ne paie pas une dette quand on veut qu'elle reste prescrite. La novation transforme la créance, et l'on ne peut modifier que ce qui a une existence réelle.

L'application de ces vérités, d'ailleurs évidentes

---

(1) V° *Prescription*, p. 139, n° 8.

(2) N° 30.

(3) *Infrà*, nos 73 et 618.

par elles-mêmes, se trouve dans l'arrêt de la cour de cassation que voici : je le cite parce que le fait était environné de circonstances qui pouvaient rendre problématique la compensation.

Par deux actes de 1811, Delamothe crée deux rentes viagères au profit de la demoiselle Champigny, pour prix du domaine de la Dixme.

En 1814, la demoiselle de Champigny vend ce même domaine à Pillaut, à qui elle cède tous ses droits aux rentes viagères. Pillaut se met en possession, et jouit jusqu'en 1818. Alors Delamothe, le regardant comme un simple fermier, le somme de déguerpir, avec sommation de restituer les fruits perçus depuis sa mise en possession. Pillaut se prétend propriétaire. Jugement du tribunal de Chinon, du 18 décembre 1818, qui attribue cette qualité à Delamothe, et déclare seulement Pillaut créancier des deux rentes viagères ; ordonne qu'il rendra compte des fruits, sauf à les compenser avec les arrérages de ces deux rentes auxquels il a droit. Ce jugement est confirmé sur l'appel.

Dans la liquidation, Delamothe soutient que, d'après l'article 2277 du Code civil, il y a prescription de tous les arrérages remontant au-delà de cinq ans, et qu'on ne doit faire entrer en ligne de compte que ceux qui ne sont pas prescrits. Pillaut répond que le tribunal de Chinon, dont la décision était désormais souveraine, a ordonné que tous les arrérages, sans distinction, entreraient en compensation ; qu'il a, par conséquent, écarté la prescription, et que Delamothe ne s'est plaint de ce chef de décision ni devant la cour ni depuis l'arrêt définitif ; qu'ainsi il y a chose souverainement jugée et acceptée par Delamothe lui-même. Jusque là, ce système était certainement forcé ; car il est évident que le tribunal, en ordonnant la

compensation des fruits avec les arrérages dus, n'avait pas entendu enlever à Delamothe une exception dont le mérite n'avait pas fait l'objet de conclusions et de discussions pendant le débat. En renvoyant les parties à compter, le tribunal avait très-clairement entendu leur réserver tous leurs moyens et exceptions de droit.

Mais ce qu'il y avait de plus grave, c'est que, par acte extrajudiciaire du 5 août 1819, Delamothe, sommé de payer tous les arrérages, n'avait pas opposé la prescription, et s'était contenté de soutenir qu'ils devaient se compenser avec les fruits dont Pillaut lui devait compte. Or, opposer la compensation d'une créance avec une autre, c'est lui reconnaître l'existence comme à celle avec laquelle on veut l'éteindre; c'est mettre en présence deux droits ayant une consistance réelle, pour les détruire l'un par l'autre; c'est, par conséquent, s'interdire de soutenir que l'un est déjà détruit.

C'est sous ce rapport que l'affaire fut particulièrement envisagée par l'arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1825 (1). Cette cour insista surtout sur ce que, dans les actes d'exécution du jugement du 18 décembre 1818, Delamothe avait formellement accepté la compensation, et que, par ce fait, il avait renoncé à se prévaloir de la prescription.

Cette décision paraît équitable, si l'on considère notamment que les fruits dont Delamothe était créancier n'étaient soumis qu'à la prescription ordinaire, tandis que les arrérages dont il était débiteur se seraient trouvés limités par une courte prescription; qu'ainsi, toute égalité aurait été brisée entre les parties. Ce dé-

(1) Dall., 25, 1, 144 et 145.

faut d'équilibre dans deux positions qui semblaient devoir être identiques a dû rendre les juges d'autant plus faciles à interpréter les actes dans le sens d'une renonciation favorable.

67. 5° Un autre cas où l'on rencontre une renonciation tacite à la prescription a lieu lorsque, sans contester au fond qu'on est débiteur, on se contente de discuter sur la quotité de la dette, et sur l'époque plus ou moins éloignée de son paiement.

Supposons que je puisse vous opposer la déchéance qui ressort de l'article 165 du Code de commerce; mais j'aime mieux vous demander un délai pour m'acquitter. C'est bien là reconnaître que votre droit n'a pas été ébranlé par la prescription (1).

68. Le contraire a cependant été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 15 décembre 1819, qui n'est, à mon avis, qu'un démenti solennel donné aux présomptions les plus évidentes et les plus logiques (2).

Lorentz, adjudicataire de coupes de bois, avait souscrit, au profit du receveur général de Strasbourg, des traites qu'il ne paya pas à l'échéance. Pour prévenir les poursuites de son créancier, Lorentz s'était adressé à l'administration et avait obtenu diverses réductions sur le montant de la dette, ainsi que de nouveaux termes de paiement. C'étaient là autant de reconnaissances implicites qui écartaient le moyen de prescription.

Actionné par le receveur général devant le tribunal de Strasbourg, Lorentz opposa la prescription de cinq ans (art. 189, Code de commerce); on lui répondit par

---

(1) Bordeaux, 14 mars 1828 (Dall., 28, 2, 105). *Infrà*, n° 618. Dunod, p. 58. *Junge* M. Vazeille, t. 1, n° 345, p. 401.

(2) Dall., 30, 1, 38. J'ai déjà critiqué cet arrêt, *suprà*, n° 56.

ses sollicitations géminées, et par les sursis qu'il avait obtenus. Néanmoins, le tribunal admit l'exception de prescription, sous prétexte que le receveur général ne produisait pas les *actes prétendus émanés du défendeur sur lesquels seraient intervenues les décisions administratives*. C'était reconnaître jusqu'à un certain point que, si ces pièces eussent été représentées, elles auraient été décisives comme moyen de renonciation à la prescription. Du reste, l'on aperçoit avec quelle précipitation le tribunal repoussait la demande du receveur général, sans même ordonner un avant faire droit.

Sur le pourvoi, la section des requêtes, saisie de toutes les pièces probantes, franchit un pas devant lequel avait reculé le tribunal de Strasbourg, et elle décida que *la prescription ne pouvait être détruite par de simples inductions;* qu'on ne justifiait *par aucun aveu, affirmation ou consentement* que le défendeur eût renoncé à opposer la prescription!!!

Ayant réfuté ci-dessus (1) cette proposition paradoxale, que la prescription ne peut être détruite par induction, je n'ai pas à y revenir. Je me bornerai à dire qu'il faut être armé d'un scepticisme bien inexorable pour ne pas voir une reconnaissance de la dette, et par conséquent une renonciation tacite à la prescription, dans le fait de celui qui demande que le créancier réduise le montant de ce qui est dû et proroge le délai fixé pour le paiement.

69. 6° C'est encore une renonciation implicite à la prescription que de déclarer *qu'on est prêt à terminer avec son créancier, reconnaissant qu'il y a compte à rendre*. Offrir de terminer, c'est offrir de payer : il

(1) N° 56.

n'y a pas d'autre sens à donner à ces mots, si on veut les interpréter sans cavillation. Reconnaître qu'il y a compte à rendre, c'est, dans les circonstances données, reconnaître l'existence de l'obligation à laquelle se rattache le compte ; c'est, par conséquent, renoncer à la prescription : car la prescription, couvrant le passé, dispense de remuer le souvenir de ce qui s'est fait entre les parties (1).

Il ne faudrait cependant pas conclure de là que l'offre de rendre compte soit toujours une renonciation à la prescription. Cette offre peut être limitée par des expressions restrictives qui réservent implicitement le moyen de prescription. On en a vu un exemple dans un arrêt de la cour de Limoges, que j'ai cité ci-dessus (2). Il peut aussi se faire que le rendant soit débiteur de plusieurs articles distincts dont les uns sont prescrits et les autres ne le sont pas. Dans ce cas, l'offre de compter est censée s'appliquer seulement aux sommes que la prescription ne couvre pas, et l'exception de prescription demeure entière pour celles que le laps de temps rend irrécouvrables. En général, il est difficile de donner des règles *a priori* pour l'interprétation des actes. Les juges doivent peser les faits avec prudence. Un mot inséré dans une clause suffit souvent pour changer le sens qu'on lui attribue habituellement.

70. Je ne trouve pas cette sage appréciation dans un arrêt de la cour de cassation du 16 mars 1831 (3), où tout annonçait l'abandon de la prescription, et où cependant la cour suprême a cru devoir faire prédo-

---

(1) Amiens, 11 mars 1826 (Dall., 27, 2, 27).

(2) № 56, à la note.

(3) Dall., 31, 1, 136. *Palais*, 1831, t. 2, p. 12.

miner une interprétation tout-à-fait arbitraire et forcée pour la maintenir intacte.

Marie Dulit forme une demande en partage et en délivrance contre Marcoux : celui-ci répond au bureau de paix *qu'il ne refuse pas de lui abandonner ce qui lui revient; mais comme il avait beaucoup de répétitions à faire contre elle*, il lui propose de nommer un seul arbitre pour régler leurs différens en dernier ressort et sans appel, avec tout pouvoir de transiger. Un expert est nommé; mais il laisse expirer le temps qui lui est accordé pour statuer sur la contestation. Marie Dulit forme alors sa demande devant les tribunaux. Marcoux lui oppose que son droit était déjà prescrit lorsqu'ils ont procédé ensemble devant le bureau de paix. Marie Dulit répond qu'il y a eu renonciation à la prescription, puisque Marcoux a déclaré consentir à lui abandonner ce qui lui revenait.

Quelque victorieux que parût ce moyen, la cour de Lyon le rejeta cependant; et, sur le pourvoi, la cour de cassation se rangea à la décision de la cour royale, par un arrêt dont les motifs sont ainsi conçus :

« Attendu qu'en déclarant devant le juge-de-paix « qu'il ne refusait pas d'abandonner à Marie Dulit ce « qui lui revenait, et en proposant de nommer un ar- « bitre, Marcoux n'a *évidemment* entendu reconnaître « à Marie Dulit que ce qu'elle pouvait valablement ré- « clamer, conformément aux règles du droit et aux « principes de la justice; que, n'ayant renoncé à au- « cunes des fins de non-recevoir ou exceptions qu'il « pouvait opposer à la demande, il ne peut être pré- « sumé, par la seule force de cette déclaration, avoir « abandonné le moyen de prescription qui lui était ac- « quis. — Rejette. »

Je sais que la cour de cassation est toujours gênée par un arrêt de cour royale qui ne fait que résoudre

une question de pure interprétation d'acte; mais, tout en tenant compte des difficultés qu'elle rencontre pour rentrer dans le vrai, je ne puis m'empêcher de remarquer que du moins elle ne devrait pas s'approprier les erreurs des cours royales, qui ont blessé les règles de la logique. Il lui suffirait de rejeter purement et simplement, parce qu'il n'y a pas violation de la loi.

Ici, je le dirai sans hésitation, il est impossible de donner à un acte une interprétation plus éloignée de cette ingénuité de bon sens, qui est la première condition du ministère du juge. N'est-ce pas, en effet, un rare effort de subtilité, que de soutenir que Marcoux n'avait consenti à délivrer à Marie Dulit son avenant que sous la condition sous-entendue que la prescription ne rendrait pas sa demande inutile? N'est-ce pas substituer à ce que les parties ont fait et voulu, dans la simplicité spontanée de leur conscience, des restrictions mentales trop semblables à celles d'une école devenue fameuse par les sarcasmes de Pascal. Eh quoi! Marie Dulit demande un partage, ainsi que sa portion afférente; si Marcoux veut lui opposer la prescription, le moment est opportun; un mot de sa part va lui fermer la bouche, et rendre inutile une procédure ordinairement longue et embarrassée. Mais point du tout! au lieu de soutenir qu'il ne doit rien, Marcoux répond qu'il est prêt d'abandonner à Marie Dulit ce qui lui revient; et notez bien qu'il n'accompagne pas cette reconnaissance d'expressions restrictives. Il ne dit pas qu'il *n'abandonnera que ce qu'il doit légitimement, ou ce qu'il est obligé de donner d'après la loi*, etc. (1); il n'emploie aucune formule limitative ou conditionnelle: il parle, et promet purement et simplement. Que désire-t-on de plus formel?

(1) *Suprà*, n° 57.

N'est-ce pas là acquiescer ? n'est-ce pas s'obliger à partager ?

Mais voyons ce qui suit. Marcoux demande qu'un expert arbitre soit nommé. Est-ce, comme on le disait devant la cour de Lyon, pour lui soumettre la question de propriété réservée *in petto ?* Non, évidemment non ! C'est parce qu'*il a beaucoup de répétitions à faire contre Marie Dulit*, et par conséquent qu'il y a lieu à une liquidation. Ainsi, il se défend par des compensations, et, comme je l'ai dit ci-dessus avec un arrêt de la cour de cassation elle-même (1), la compensation suppose une dette corrélative à une créance, et forme par conséquent un obstacle à la prescription. A celle qui est sa créancière, Marcoux oppose qu'il est créancier à son tour; il ne répudie pas sa qualité de débiteur, mais il cherche à la neutraliser, en voulant que Marie Dulit consente à lui tenir compte de celle de débitrice, qu'il lui attribue. Il argumente du partage à faire pour réclamer les répétitions qui lui reviennent : donc il consent au partage; donc il ne considère pas la demande comme éteinte par la prescription. A quoi bon d'ailleurs un expert arbitre, puisque sa mission n'a d'intérêt que pour entrer dans le fonds de la liquidation et dans les élémens d'un compte, suite du partage?

Voilà, j'en suis sûr, les considérations qui auraient prévalu auprès de la cour de cassation si l'affaire se fût présentée à elle sans le préjugé considérable résultant de l'arrêt de la cour royale; mais sa haute mission ne lui faisait-elle pas un devoir de dominer ce préjugé, au lieu de se laisser dominer par lui?

(1) N° 64.

71. 8° C'est encore renoncer à la prescription que de demander à profiter, par le moyen de la subrogation, de la créance que le laps de temps pourrait faire écarter; car la subrogation n'est possible qu'autant que le droit existe, et il y aurait contradiction à vouloir s'en servir et la faire déclarer éteinte.

Les demoiselles Verny sont actionnées par Trapet en paiement d'une lettre de change souscrite par leur père; elles opposent la prescription de cinq ans (article 189 du Code de commerce); mais, en même temps, et sans en faire l'objet de conclusions subsidiaires, elles demandent à être admises à la subrogation autorisée par l'art. 1699 du Code civil contre tout cessionnaire de droits litigieux. Le tribunal leur donne acte de leur demande.

La cour de Riom, saisie du débat, fut frappée de cette circonstance, savoir, que la demande en subrogation avait été formée par des conclusions principales. Peut-être aurait-elle pu suppléer à l'inexpérience qui avait formulé ces conclusions contradictoires en elles-mêmes, et considérer, d'après l'intention probable de la partie, que ladite demande en subrogation n'était que subsidiaire et subordonnée au cas où la prescription aurait été interrompue. Mais, s'arrêtant à la lettre plutôt qu'à l'esprit, elle décida, par arrêt du 18 juin 1819, que demander à exercer la subrogation légale, c'était offrir virtuellement de payer la dette, sinon au taux de la somme exprimée dans l'effet en question, au moins au taux de la somme pour laquelle cet effet avait passé du créancier primitif au créancier actuel; qu'ainsi cette offre devait écarter la présomption de paiement, et par conséquent la prescription invoquée.

Les demoiselles Verny se pourvurent en cassation; mais, par arrêt de la section des requêtes du 18 jan-

vier 1821, leur pourvoi fut rejeté, « attendu que « l'arrêt constate, dans l'espèce, que les conclusions « *principales* des demanderesses tendaient à obtenir « la subrogation au créancier cessionnaire; d'où ré- « sulte, par une conséquence nécessaire, l'aveu que « la dette n'avait pas été payée, et que la cour de « Riom n'a violé aucune loi (1). »

Cet arrêt peut paraître sévère, et l'on voit que la cour de cassation passe, sur ces questions, d'une rigueur judaïque à une excessive indulgence. C'est le résultat de sa position vis-à-vis les cours royales dans toutes les questions d'interprétation.

Mais, du moins, ce qu'il y a de certain, c'est que celui qui aurait commencé par demander la subrogation serait ensuite non-recevable à parler de prescription. Sur ce point, je crois que tous les esprits se rencontreront sans difficulté, et l'on sentira la nuance qui existe entre ce cas et celui qu'a décidé l'arrêt du 18 janvier 1821.

72. 9° On renonce à la prescription lorsque, pouvant faire juger une question de propriété par la possession, on consent à ce qu'elle soit décidée par les titres seulement. — Ecoutons un arrêt inédit de la cour de Nancy du 30 avril 1834 (2ᵉ chambre) :

« Considérant que les neuf propriétaires dont les « héritages sont situés au lieu dit *en haut du Rouverot* « ont entendu procéder entre eux à un bornage amiable « qui les intéressait exclusivement; qu'ils pouvaient « dès lors se réserver tous leurs moyens, pour que la « propriété de chacun fût réglée, non-seulement d'a- « près les titres, mais encore d'après la possession an- « cienne; mais qu'il n'en a pas été ainsi; qu'au lieu de

(1) *Palais*, t. 23, p. 62.

« chercher à se prévaloir de la prescription, ils ont « stipulé que le bornage se ferait *d'après les titres*; « qu'il est évident que, la partie de Châtillon ayant « souffert des anticipations considérables, et ayant « manifesté la volonté de les faire cesser, la conven- « tion intervenue entre tous les signataires de l'acte « du 4 novembre 1831 a eu pour but de faire ren- « trer chacun d'eux dans les contenances auxquelles « ils avaient droit d'après les titres, de manière que « les usurpations fussent effacées et que les actes re- « prissent leur autorité; qu'ainsi la partie de Lafflize « a renoncé à l'exception de prescription dont elle se « prévaut aujourd'hui, exception qui ne saurait se « concilier avec la nature des pouvoirs donnés à l'ex- « pert nommé par le susdit acte du 4 novembre 1831; « que, ledit expert ayant été chargé de procéder seu- « lement d'après les titres, il implique contradiction « qu'on le rendît juge de faits possessoires et d'une « prescription qui ne peuvent s'établir qu'à l'aide de « preuves faites devant les tribunaux; que c'est à tort, « du reste, que la partie de Lafflize voudrait faire « considérer les fonctions de l'expert comme celles « d'un arbitre, etc. »

73. 10° Il y a beaucoup d'auteurs qui pensent que, lorsqu'un acte est synallagmatique, la partie qui demande contre l'autre l'exécution de l'obligation à laquelle elle a droit renonce implicitement par là à profiter de la prescription de l'obligation qui la lie (1). On fonde cette opinion sur ce que, dans les contrats bilatéraux, on ne peut prescrire contre un droit corrélatif à un autre, tant que ce dernier subsiste toujours.

(1) Dunod, *Prescript.*, p. 51 et 73. Favre, *Cod.*, lib. 7, t. 13, defin. 20. M. Merlin, *Répert.*; *Prescript.*, p. 524.

Mais nous établirons ailleurs que cette règle est fausse, et que rien n'empêche que l'une des parties se libère par la prescription, tandis que l'autre demeure sous le lien de son obligation (1). Or, la règle étant vicieuse, la conséquence l'est également, et l'on ne doit pas hésiter à décider que celui qui demande l'exécution d'une obligation en vertu d'un contrat synallagmatique n'est nullement censé renoncer à opposer la prescription de l'obligation corrélative.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Riom du 28 mai 1810 (2).

En 1718, les frères Dussaulnier cèdent à J. Boyer le domaine de Chambon, et acquièrent en échange celui de Bussac : les premiers exécutent franchement le contrat par la mise en possession de Boyer; mais ce dernier conserve le domaine de Bussac.

Trente ans s'écoulent, et Boyer n'avait pas encore délivré cet héritage aux frères Dussaulnier.

En 1748, il venait de vendre à un sieur Rodde le domaine de Chambon, lorsque celui-ci fut inquiété par des créanciers hypothécaires de Dussaulnier. Il met alors en cause Boyer, son vendeur. Boyer recourt en garantie contre les frères Dussaulnier.

Frappés de cette demande, ces derniers répondent en sommant Boyer de leur délivrer le domaine de Bussac. Boyer oppose la prescription. On lui objecte que l'acte dont il demande l'exécution est synallagmatique; qu'ainsi il ne peut s'en prévaloir sans l'exécuter de son côté; qu'on ne saurait acquérir de prescription contre un titre commun dont on veut profiter.

Ce dernier système, proscrit d'abord par le tribu-

---

(1) M. Merlin a changé d'avis, *Quest. de droit*, v° *Prescript.*, p. 347, 348 et 349. *Infrà*, n° 534.

(2) *Palais*, t. 11, p. 535.

nal de première instance, triompha sur l'appel devant la cour de Riom par l'arrêt que j'ai cité. J'en extrais le considérant suivant : « Attendu, en principe « de droit, que tout demandeur qui fonde son ac- « tion sur un contrat réciproquement obligatoire « donne droit à son adversaire d'en réclamer l'exécu- « tion en sa faveur, quelque temps qu'ait duré l'inexé- « cution à son égard, et sans qu'il soit permis de se « prévaloir de la prescription contre lui, parce que « ce titre, une fois produit, reprend sa qualité et son « effet de titre commun; qu'il ne peut servir à l'un « sans servir également à l'autre, quand même celui « qui l'a produit aurait protesté de ne vouloir l'em- « ployer qu'au chef qui sert son intérêt, et sans pou- « voir le retirer lorsque les choses ne sont plus en- « tières. »

Cet arrêt repose sur une erreur et ne saurait faire autorité : j'aurai occasion de démontrer plus tard le vice fondamental dont il est entaché! Je me contenterai, pour le moment, de lui opposer un arrêt rendu en sens contraire par la cour royale de Nancy, à la date du 5 août 1830, dans la cause de la commune de Languinbert contre le domaine de l'État. Cette commune jouissait de droits d'usage considérables, qui lui avaient été octroyés moyennant des redevances. Pendant un long espace de temps le domaine ne réclama pas ces redevances, et il s'écoula soixante-un ans sans qu'elles fussent payées. La question était de savoir si la commune, ayant joui sans interruption de ses droits usagers, et demandant à être maintenue, pouvait opposer la prescription des redevances qui, dans l'origine, avaient été constituées pour en être l'équivalent. Le domaine faisait valoir les doctrines consacrées par l'arrêt de Riom, et enseignées par les savans auteurs que j'ai

cités ci-dessus. Mais son système fut rejeté tout d'une voix, sur mes conclusions conformes (1).

74. J'ai insisté assez long-temps sur des détails de faits que peut-être le lecteur trouvera fastidieux; mais je devais faire passer sous ses yeux cette revue instructive (2); je la clos ici, pour rentrer dans l'exposé des principes.

Occupons-nous des effets de la renonciation.

La reconnaissance de la dette prescrite ne couvre la prescription que contre le débiteur dont elle émane et contre ses héritiers ou représentans; mais elle ne la couvre pas contre les codébiteurs solidaires qui sont demeurés étrangers à l'acte de reconnaissance, ni contre ses cautions, ni contre les tiers-détenteurs qui, ayant la reconnaissance, auraient acquis des héritages hypothéqués à la dette, etc. En effet, le débiteur ne peut renoncer que pour lui et ses ayant-cause; mais il n'a pas le droit d'abdiquer au préjudice des droits acquis à des tiers (3).

Si cependant il paraissait que le débiteur n'a pas agi seul, et que la renonciation lui est commune avec son codébiteur, qui l'aurait tacitement chargé de renoncer pour lui à la prescription, le fait de ce débiteur devrait rejaillir sur son consort. On consultera avec fruit un arrêt de la cour de cassation du 27 janvier 1829 (4), qui l'a ainsi décidé dans des circonstances remarquables.

Si la renonciation était conditionnelle, on ne serait pas fondé à lui donner un effet pur et simple; si elle était limitée à une seule personne, il ne faudrait pas le forcer en l'étendant à d'autres.

---

(1) *Infrà*, n° 534.
(2) *Voy.* d'autres détails, *infrà*, n°s 612 et suiv.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 666.
(4) Dall., 21, 1, 121. *Palais*, 1829, t. 2, p. 256.

Par exemple, ayant acquis contre vous la prescription d'une rente foncière, je consens, à cause de vos propres besoins, à vous la servir votre vie durant, et à ne pas vous opposer de déchéance ; ce sacrifice, que je fais par pure considération pour vous, ne devra pas vous survivre et passer à vos héritiers.

Réciproquement, si la renonciation est pure et simple, il faudra rejeter toutes les conditions que l'esprit de subtilité chercherait à inventer pour la limiter. C'est ce qu'a fait la cour de cassation, avec sagesse, par arrêt du 27 janvier 1829 (1), qui mérite d'être consulté comme exemple des efforts d'un débiteur pour échapper à une renonciation pure et simple, et pour la restreindre arbitrairement (2).

75. La renonciation du débiteur ne constitue pas, en général, un titre nouveau ; c'est l'obligation primitive qui reprend vigueur, et se présente purgée d'une exception qui pouvait la paralyser (3). C'est une continuation de ce qui existait auparavant dans les termes du droit.

Il est vrai que Dunod limite cette règle aux choses incorporelles ou aux actions personnelles ; mais que, quand il s'agit d'un bien corporel, il exige « un *titre* « *nouveau* et une nouvelle tradition pour transférer « le domaine à un autre, après qu'il a été acquis par « une prescription consommée (4). »

Mais cette opinion, au moins très-problématique dans l'ancien droit, ne pouvait se colorer qu'à l'aide des principes qu'on y suivait sur la nécessité de la tradition, à l'effet de transférer la propriété. Or, cette

(1) *Loc. cit.*

(2) Il voulait que la renonciation fût limitée à la personne au profit de qui il l'avait faite, et qu'elle ne passât pas à ses héritiers. *Voy.* au reste *infrà* n° 617.

(3) *Suprà*, n° 31 ; *infrà*, n° 697.

(4) Ch. 14, part. 1re, p. 111 ; d'après Felinus Balde et Vasquius.

raison manque tout-à-fait aujourd'hui : d'ailleurs, il est certain, dans le droit nouveau comme dans le droit ancien, que la prescription n'opère pas de plein droit. Si donc on y renonce avant de s'en être prévalu, n'est-il pas clair qu'il n'y a jamais eu de dessaisissement virtuel, et qu'une nouvelle tradition ne serait qu'un hors-d'œuvre ou un contre-sens (1)? Le sentiment de Dunod doit être rejeté comme une erreur.

76. Cette règle n'est cependant pas sans exception. Supposons, en effet, que l'obligation soit traduite en une forme spéciale, en un contrat *sui generis*, soumis par la loi à une prescription exceptionnelle et de courte durée. Si le débiteur renonce à cette prescription particulière, lorsqu'elle est échue; s'il reconnaît la dette, il s'opère alors un changement entre les parties. Cette dette, dégagée de la forme qui l'avait fait placer dans une classe à part, rentre dans le droit commun. Elle ne constitue plus qu'une obligation ordinaire, prescriptible à l'avenir par le délai de trente ans (2). Je fonde ceci sur l'article 189 du Code de commerce, qui offre à la fois la preuve et l'exemple de mon observation.

Rappelons quelques décisions judiciaires, pour mieux la mettre en lumière.

Cardon avait ouvert à Gabet un crédit de 100,000 francs. Plus tard, Gabet, pour couvrir son créancier, lui fit passer pour 100,000 francs de lettres de change acceptées par Garnery. Ces traites furent protestées; mais Cardon ne dénonça pas le protêt à Gabet. Seulement, ce dernier déclara, par acte privé du 3 janvier 1824, « que, nonobstant le défaut de dénonciation des « protêts, il renonçait à opposer à Cardon toute dé-

---

(1) *Infrà*, n° 78.

(2) Argum. de ce que dit Bourjon, t. 2, p. 275. *Infrà*, n° 697.

« chéance, et à le faire déclarer non-recevable dans « les demandes en condamnation des effets dont les « protêts n'auraient pas été dénoncés dans les délais. » Le 20 octobre 1827, Gabet confirme cet acte par une lettre-missive. En 1823, il tombe en faillite. Cardon se présente pour la totalité de ce qui lui est dû : les syndics lui opposent la prescription de cinq ans ; mais la cour d'Orléans la rejette par arrêt du 17 juillet 1823, fondé sur l'article 189 du Code de commerce.

« Considérant que Gabet a dispensé Cardon de toutes « dénonciations de protêts et d'assignations ; *que le « titre principal de Cardon ne réside pas dans les lettres de change souscrites par Garnery ; mais qu'il se « réfère aux conventions particulières des parties de « l'année* 1812, déclare la prescription mal fondée. »

Et, sur le pourvoi, arrêt de la cour de cassation du 14 février 1826, ainsi conçu : « Attendu que, d'après « l'article 189 du Code de commerce, la prescription « n'a lieu contre les effets souscrits qu'autant que la « dette n'a pas été reconnue par acte séparé ; que l'arrêt « a trouvé cette reconnaissance dans plusieurs actes de « la cause, et que l'interprétation qu'il a faite de ces « actes était dans les attributions de la cour royale, « rejette (1). »

On trouve une décision semblable dans un arrêt de la cour de Paris du 14 janvier 1825 (2), dont je m'abstiens de rapporter l'espèce, parce que les faits sont à peu près identiques à ceux de l'arrêt de la cour de cassation.

77. Si cependant il résultait des circonstances ou d'une protestation que l'acte séparé dont parle positi-

(1) Dall., 26, 1, 159. *Junge* M. Pardessus, t. 2, p. 240

(2) Dall., 26, 2, 123.

vement l'article 189 du Code de commerce est moins une reconnaissance de la dette originaire qu'un acte additionnel à la lettre de change, destiné à lui servir de complément et à participer de sa nature et de ses droits, il n'y aurait pas de novation ; la nouvelle prescription qui recommencerait à courir serait celle de cinq ans, particulière aux effets de commerce, et non celle de trente ans, qui est de droit commun. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 9 août 1831 (1), dans une espèce où un créancier, porteur d'une lettre de change, avait, à l'échéance, accordé un délai de six ans au débiteur qui le lui avait demandé, et ne l'avait pas poursuivi ensuite dans le délai de cinq ans, à partir de l'expiration de ce délai. Le créancier, se croyant placé dans le cas prévu par l'article 189 du Code de commerce, s'était confié dans l'acte séparé intervenu entre lui et son débiteur, qui, en accordant une prorogation de paiement, contenait une reconnaissance implicite de la dette. Il avait pensé que ce n'était plus que par la prescription de trente ans que son droit pouvait péricliter, et, en conséquence, il avait cru devoir ne pas importuner son débiteur par des poursuites trop promptes et trop sévères. Mais la cour royale, et, après elle, la cour de cassation, donnèrent à l'acte de reconnaissance une interprétation qui dérangea tous ses calculs. J'avoue que cette interprétation me paraît un peu forcée, et qu'en méditant sur le récit des faits donnés par l'arrêtiste, je n'ai pas trouvé la preuve bien palpable que les parties n'avaient entendu faire qu'un acte additionnel à la lettre de change, se liant intimement à elle, et devant subir la même condition. On remarquera que l'article 189 du Code de commerce regarde la prescrip-

(1) Dall., 31, 1, 304. L'arrêt de la cour royale se trouve 31, 2, 56.

tion de cinq ans pour effets de commerce comme odieuse, puisqu'il autorise le créancier repoussé par cette prescription à déférer au débiteur qui l'oppose le serment qu'il n'est plus redevable. Ce serait une raison pour ne pas admettre avec trop de facilité un moyen peu favorable de se libérer.

Article 2222.

Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise.

SOMMAIRE.

78. Comparaison de la prescription avec une aliénation. Explication de cette idée.
79. Quelles personnes peuvent renoncer à la prescription.
80. Si le mineur et l'interdit peuvent y renoncer, alors même qu'ils sont relevés par une autorisation légale. Détails à ce sujet.
81. Conclusion que le mineur et l'interdit peuvent, à leur majorité, se faire restituer contre une renonciation de prescription faite dans les formes légales par ceux qui les représentent.
82. *Quid* des communes, de l'État, des établissemens publics, agissant par leurs représentans légaux?
83. *Quid* de la femme autorisée?
Quid du prodigue assisté de son conseil judiciaire?

COMMENTAIRE.

78. Le jurisconsulte Paul a comparé l'usucapion à une aliénation: ALIENATIONIS *verbum etiam usucapionem continet* (1). En effet, celui qui laisse prescrire contre son droit l'aliène, et la partie au profit de laquelle se réalise la prescription acquiert en vertu d'un titre légitime.

Il suit de là que la renonciation à la prescription

(1) L. 28, D. *de Verb. signif.*

échue est l'abdication d'un droit certain, mis à la disposition du prescrivant, et touchant au moment d'entrer dans son domaine. On ne peut pas dire cependant que ce soit de sa part une contre-aliénation qui ressaisisse par un titre nouveau la personne qui était dépouillée. Car la prescription n'opère pas de plein droit, et celui qui y renonce proroge bien plus le titre ancien qu'il n'en accorde un second (1); mais il n'en est pas moins évident que, du côté de celui qui abdique, il y a aliénation d'un émolument positif. Dès lors, la faculté de renoncer à la prescription acquise ne pouvait être concédée qu'à ceux qui ont pouvoir pour aliéner. C'est ce que décide notre article.

79. J'ai passé en revue, dans mon Commentaire du titre *de la Vente*, les personnes placées par la loi dans l'incapacité d'aliéner. Je renvoie aux détails que renferme cet ouvrage (2). Ainsi, le mineur, l'interdit, l'émancipé, la femme mariée, le prodigue, ne peuvent renoncer à la prescription. Il en est de même des communes, des hospices, etc.

80. M. Hua, conseiller à la cour de cassation, va même beaucoup plus loin : il se demande si la renonciation à la prescription est possible alors même que le mineur et l'interdit sont relevés par une autorisation légale; et voici comment il raisonne (3). Je cite ses propres expressions :

« Cette question peut être résolue différemment dans « le droit et dans le fait.

« En droit, la faculté de renoncer doit être refusée, « par la raison qu'elle léserait l'intérêt de l'incapable, « sans nécessité et sans équivalent.

---

(1) *Suprà*, nos 31 et 75. M. Delvincourt, t. 2; p. 633 (notes).

(2) T. 1, nos 166 et suiv.

(3) *Répert.* de M. Favard-Langlade, vo *Prescription*.

« En fait, il semble que l'autorisation pour renoncer est admissible dans le cas où il serait reconnu qu'il y a mauvaise foi dans la manière dont la prescription a été acquise, et lorsque cette mauvaise foi devient personnelle au possesseur. Alors la renonciation n'est plus seulement un droit, mais un devoir, que toute personne doit être habilitée à remplir; toutefois, il faut faire cette restriction, que la bonne foi n'autorisera la renonciation qu'autant qu'elle aura été nécessaire pour acquérir la prescription. Ainsi, la renonciation n'aura pas lieu pour la prescription trentenaire, puisque, dans celle-ci, le laps de temps seul a acquis le droit. »

M. Dalloz a combattu cette doctrine dans sa *Collection alphabétique* (1); il s'appuie d'abord sur ce que la prescription n'éteint pas l'obligation naturelle, et que c'est par conséquent un devoir pour tous de reconnaître cette obligation (2); il fait ressortir ensuite ce qu'il y a de contradictoire dans l'opinion de M. Hua, qui, d'une part, veut que l'incapable ne soit jamais autorisé à renoncer lorsque, d'après la loi, la prescription a pu être acquise sans bonne foi, et qui, de l'autre, admet l'autorisation pour renoncer dans le cas où la bonne foi, étant une condition de la prescription, n'a cependant pas existé. M. Dalloz montre que c'est créer pour l'incapable un droit illusoire, puisque, dans cette dernière hypothèse, il ne saurait y avoir de prescription acquise, et par conséquent de droit auquel on puisse renoncer. Cet auteur aurait pu ajouter que M. Hua s'est égaré lorsqu'il fait une distinction entre le droit et le fait, pour leur imposer des règles différentes; car n'est-ce pas sur le fait que

(1) *Prescript.*, p. 239, col. 1, nº 3.

(2) J'ai démontré plus haut, nº 29, que c'est là une erreur.

se mesure le droit? et le fait, à son tour, ne doit-il pas plier au droit (1)? M. Hua s'est évidemment embarrassé dans des distinctions inexactes, et sa solution manque de fermeté et d'unité.

Malgré ces reproches, je dois dire cependant que M. Hua a aperçu là avec sagacité une question très-grave, qui a échappé à presque tous les auteurs, et je crois, après examen, qu'on doit la résoudre dans le sens de l'inutilité de la renonciation.

D'abord, il importe peu de savoir ici si la prescription laisse subsister l'obligation naturelle : tant que le moyen de prescription n'est pas opposé, l'obligation civile continue à subsister (2). Toute la question consiste en ceci : « Est-il dans les pouvoirs de ceux qui sont préposés à la garde des intérêts de l'interdit de ne pas opposer l'exception qui anéantit cette obligation civile? Peuvent-ils également renoncer à l'acquisition que la prescription aurait consolidée dans les mains du mineur? »

On répond en faisant valoir les scrupules de conscience, qui, dans certains cas, donnent à la renonciation à la prescription une cause honorable. Mais je ne pense pas que le conseil de famille ou les autres représentans légaux de l'interdit puissent se rendre juges d'un cas de conscience, que le mineur ou l'interdit pourront seuls résoudre quand ils seront en possession de toute leur capacité (3). Les protecteurs des interdits et des incapables n'ont pas été placés auprès d'eux pour remplir les fonctions de casuistes, mais bien pour les représenter dans l'ordre civil (4),

(1) *Ex facto jus oritur.*
(2) *Suprà*, nos 29 et suiv.
(3) *Infrà*, no 89.
(4) Art. 450 du C. civ., *et le représentera dans tous les* ACTES CIVILS.

pour veiller à leurs intérêts et à la conservation de leur patrimoine, et pour les défendre par les moyens approuvés par la loi (1). La renonciation à la prescription n'a pas de sens, elle n'est qu'un jeu ou une dérision, si elle n'émane pas de la conscience même, de la réflexion libre et indépendante de celui qui acquiert ou se libère par ce moyen; elle est une source d'abus et de dangers si on la lui prête à son inçu, si on le fait homme ultra-délicat par procureur, si on lui impose, par une décision qu'il ignore, l'abnégation chevaleresque d'un chrétien. La renonciation est, dans le cas que j'examine, une faculté inhérente à la personne; c'est un acte spontané que, suivant l'expression des docteurs, j'appellerai *personalissime*, parce qu'il dépend de la religion de l'individu et de ces convictions intimes et secrètes que nul ne peut critiquer ou suppléer. Comment donc pourrait-il être exercé par ceux qui n'ont qu'un simple mandat pour administrer?

Sous un autre rapport, la renonciation à la prescription est l'omission d'un moyen péremptoire qui militait en faveur du mineur. De quel droit ses représentans et ses défenseurs veulent-ils qu'il soit négligé? Remplissent-ils leur mission lorsqu'ils laissent le mineur indéfendu, eux auxquels s'appliquent ces paroles du jurisconsulte Marcellus : *Tutoris præcipuum est officium* NE INDEFENSUM *pupillum relinquat* (2)?

Et puis, la renonciation à la prescription acquise est sans profit pour le mineur; c'est une sorte de dona-

(1) C'est le cas de dire avec Favre (Cod., lib. 7, t. 13, def. 18): *Nec*, QUOD TUTOR BONAM FIDEM AGNOSCERE NON PROHIBETUR *secundùm* l. 9, § *Sicut*, D. *de Peric. tutor.*, *ad rem pertinet. Neque enim mala fides est, si quis exceptione justâ utatur et jure communi. Juris enim communis executio non habet injuriam.*

(2) L. 30, D. *de Administ. et Peric. tutor.*

tion indirecte, d'aliénation gratuite, qui le constitue en perte sans compensation. Or, ces sortes d'actes sont interdits dans l'administration des biens du mineur (1); ils sont pour lui une cause de lésion contre laquelle l'article 1305 l'autorise à réclamer (2).

81. Maintenant, que conclure de ceci? Le voici en peu de mots.

Si l'autorisation pour renoncer est donnée et réalisée hors d'un procès, le mineur et l'interdit pourront, à leur majorité, se faire restituer, d'après l'article 1305 du Code civil.

Si la renonciation a lieu dans le cours d'un procès, et que le tuteur, au lieu d'en demander la nullité, s'en fasse donner acte, les tribunaux ne pourront d'office prononcer l'inutilité de cette abdication préjudiciable au mineur, parce que, d'après l'article 2223, il ne leur est pas permis de suppléer d'office les moyens résultant de la prescription (3); mais le mineur et l'interdit pourront, à leur majorité, faire rétracter le jugement par la voie de la requête civile, conformément aux articles 481 et 484 du Code de procédure civile.

82. La voie de la requête civile est également ouverte à l'État, aux communes et aux établissemens publics, si, dans un procès pendant devant les tribunaux, le moyen de prescription est négligé ou abandonné. L'article 481 vient encore les protéger, et l'opportunité de cette disposition est d'autant plus sensible que l'État, les communes, les hospices, etc., sont des personnes civiles qui vivent par le droit civil, qui

---

(1) *Donationes autem ab eo* (*tutore*) *factæ pupillo non nocent* (Paul., l. 22 et 46, § 7, D. *de Peric. et Administ. tutor*; l. 16, C. *de Administ. tutor.*

(2) *Voy.* mon Comm. *sur la Vente*, t. 1, p. 271 et suiv.

(3) *Infrà*, n°s 84 et 86.

ne connaissent que lui, qui n'ont pas un for intérieur à mettre en opposition avec la loi écrite.

Mais que devra-t-on décider si le préfet pour l'État, le maire pour sa commune, etc., appuyaient leur renonciation expresse et contradictoire sur une autorisation législative ou sur une ordonnance royale, formalités requises, comme on le sait, pour aliéner les biens du domaine et ceux des communes (1)?

Dans ce cas, la renonciation subsisterait. On ne trouve pas ici l'article 1305, qui relève les mineurs et les interdits.

83. Quant aux femmes mariées dûment autorisées, ni l'article 481 du Code de procédure civile, ni l'article 1305, n'ont été faits pour elles : leur renonciation gratuite à la prescription est donc inébranlable.

Il en est de même d'une renonciation faite par un prodigue assisté de son conseil judiciaire (art. 513 du Code civil).

Article 2223.

Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

SOMMAIRE.

84. Origine de la règle posée dans notre article. Division d'opinions, parmi les interprètes, sur la question de savoir si la prescription agit ou non de plein droit.

85. Le Code ne veut pas que le juge la supplée d'office. Objection contre cette disposition.

86. A vrai dire, il ne devrait plus y avoir d'exception dans notre droit; ce mot a perdu toute sa signification ancienne.

---

(1) *Voy.* M. Leber, *du Pouvoir municipal en France*. Loi du 1er décembre 1791, sur le domaine.

87. Le Code a cédé à des préjugés fondés sur le droit romain, en enlevant à la prescription la faculté d'agir de plein droit. Réponse aux raisons qu'on donne pour défendre l'art. 2223.

88. L'article 2223 s'applique à toutes les prescriptions quelconques, sans distinction d'origine. Erreur de Dunod et autres auteurs, qui voulaient qu'on fît une distinction entre les prescriptions portées par les ordonnances et les autres prescriptions.

89. Le juge ne peut la suppléer, même au profit des mineurs et des incapables.

90. Le ministère public ne peut non plus soulever ce moyen d'office dans les causes où il est partie jointe. Réponses à l'opinion contraire de M. Vazeille.

91. La prescription est suffisamment articulée quand elle résulte implicitement des conclusions. Exciper de la prescription du fond, c'est opposer nécessairement la prescription des arrérages.

92. Mais, lorsque celui qui a proposé la prescription en bureau de paix ne reproduit pas ce moyen devant le tribunal, le juge ne peut s'y arrêter d'office.

93. Réfutation de l'opinion d'après laquelle on n'est recevable à demander que cinq années d'arrérages ou d'intérêts. Si le débiteur n'oppose pas la prescription, le juge doit condamner à tous les intérêts demandés.

94. Dans les matières de petit ou grand criminel, la prescription peut être suppléée par le juge. Dissentiment avec M. Vazeille.

COMMENTAIRE.

84. La disposition de l'article 2223 a besoin d'être justifiée; car ne semble-t-il pas qu'elle blesse la raison? Pour l'expliquer, nous devons remonter à son origine.

Par l'ancien droit romain, les actions qui découlaient du droit civil, c'est-à-dire de la loi des Douze-Tables, des sénatusconsultes ou des constitutions, étaient perpétuelles dans toute la latitude de ce mot; parce que la loi était perpétuelle, les droits qu'elle

accorde devaient l'être également (1). Au contraire, celles qui découlaient de la juridiction prétorienne n'étaient presque toutes que temporaires, c'est-à-dire qu'elles ne duraient que pendant l'année que le préteur exerçait sa magistrature (2); mais, par la suite, les constitutions mirent un terme aux actions perpétuelles, afin de diminuer le nombre des procès. On les borna à trente ans (3).

Quoique par ce changement toutes les actions fussent venues temporaires, néanmoins on continua à appeler perpétuelles celles qui duraient trente ans, et temporaires celles qui n'étaient accordées que pour un terme déterminé, savoir, six mois, ou un an pour la plupart.

Les actions temporaires finissaient de plein droit, *ipso jure*, par le seul laps de temps; car, comme le dit Vinnius : *Quæ actio intrà certum tempus datur, palàm est ultrà id tempus non dari* (4). Ainsi, on n'avait pas besoin d'opposer l'exception de prescription à celui qui, hors des délais, se pourvoyait par ces actions; il suffisait de lui répondre, pour toute défense, qu'il n'avait pas d'action.

Quant aux actions perpétuelles, si on les intentait après trente ans, le défendeur devait nécessairement opposer la prescription, ou, autrement dit, l'exception *diuturni silentii* (5).

La raison de cette différence était que la prescription n'éteignait pas, *ipso jure*, les actions perpétuelles;

---

(1) *Inst.*, *de Act. perpet. et tempor.* Caïus, 4, comm. 110. *Suprà*, n° 17.

(2) *Id.*

(3) *Inst.*, *loc. cit.* L. 3, C. *de Præscript.* 30 *vel* 40 *annor.*

(4) *Partitiones juris*, lib. 2, cap. 67.

(5) Vinnius, *loc. cit.*

que, d'après le droit civil, il était de leur nature de durer toujours, et que, si les constitutions les avaient limitées à trente ans, c'était par un motif d'équité qui leur avait fait imiter la conduite du préteur; qu'ainsi, lorsque l'exception n'était pas opposée, le droit civil restait là pour conserver son empire et sa force.

Lorsque, dans les états modernes, la procédure eut à tracer sa marche, elle trouva devant elle la question de savoir si le juge peut suppléer d'office la prescription. Pour se faire une idée des tiraillemens par lesquels il fallut passer pour la résoudre, il faut lire la savante dissertation que Boërius (1) a écrite sur ce sujet, et dans laquelle il expose le choc des textes, des autorités et des opinions. Un grand nombre de civilistes et de canonistes distingués tenaient pour certain que le juge pouvait repousser d'office une action éteinte par la prescription. Car, disaient-ils, chaque action a, dans le droit moderne, une durée limitée par la loi; il ne lui est pas permis de se survivre à elle-même quand son temps est arrivé. Que fait celui qui intente une action prescrite? Il agit hors de son droit, il va plus loin que la loi, il procède sans action. D'ailleurs, il ne doit pas être permis de vexer par des procès le possesseur devenu propriétaire, ou le débiteur libéré par une cause que la loi assimile au paiement (2). Mysingerus nous apprend que c'est ainsi qu'on décidait ce point à la chambre impériale (3), et Voët s'en rapproche tout-à-fait quand il enseigne que la prescription, qui, chez les Romains, n'opérait que

(1) *Decis.* 344.

(2) Telle était la théorie du jurisconsulte connu sous le nom d'*Abbas Siculus*, et autres.

(3) *Centur.* 3, *Observat.* 28.

par voie d'exception, éteint de plein droit, chez les modernes, l'obligation préexistante (1).

D'autres, cherchant à prendre un terme moyen, voulaient que le juge pût suppléer la prescription, s'il le trouvait juste et équitable, mais qu'il ne fût pas forcé de le faire lorsque la partie gardait le silence (2).

Néanmoins, l'opinion que la prescription devait être alléguée par la partie, pour que le juge pût l'appliquer, finit par prévaloir dans la pratique des tribunaux (3); seulement, quelques auteurs y apportaient certaines modifications dont je parlerai plus bas (4).

85. Le Code civil a posé en règle générale que le juge ne peut suppléer d'office la prescription : telle est la décision portée dans notre article.

« La prescription, disait M. Bigot (5), n'est, dans « le langage du barreau, qu'une fin de non-recevoir, « c'est-à-dire qu'elle n'a point d'effet si celui contre « lequel on veut exercer le droit résultant d'une obli- « gation, ou contre lequel on revendique un fonds, « n'oppose pas cette exception.

« Telle, en effet, doit être la marche de la justice. « Le temps seul n'opère pas la prescription ; il faut « qu'avec le temps concourent ou la longue inaction « du créancier, ou une possession telle que la loi « l'exige.

« Cette inaction ou cette possession sont des cir- « constances qui ne peuvent être connues et vérifiées

---

(1) *Ad Pand., de diversis Temporalib.*, n° 10.

(2) *Voy.* Boërius, *loc. cit.*, n° 8.

(3) Guy-Pape, quest. 221. Ferrières, sur Paris, t. 6, § 1, n° 38. Favre, lib. 7, t. 13, def. 18, n° 5. Despeisses, t. 1, p. 447, n° 36. Dunod, partie 1re, ch. 14, p. 110. *Répert.* de M. Merlin, v° *Prescript.*, p. 487, col. 2.

(4) N° 88.

(5) *Fenet*, t. 15, p. 577.

« par les juges qu'autant qu'elles sont alléguées par « celui qui veut s'en prévaloir. »

On pourrait peut-être se demander si le Code n'eût pas été plus conséquent en élevant la prescription au-dessus de la classe des fins de non-recevoir ; car, après l'avoir classée, avec le paiement, la novation, etc., parmi les moyens qui éteignent l'obligation, il eût été plus logique de la laisser agir de plein droit, et d'autoriser le juge à la suppléer lorsque la partie qui soutient sa résistance par de mauvais moyens ne fait pas valoir par erreur cette défense péremptoire. En un mot, toutes les actions étant aujourd'hui temporaires, n'était-il pas rationnel de préférer au droit civil des Romains leur droit prétorien, plus en harmonie avec notre système de procédure et avec la simplicité de notre jurisprudence, qui, ignorant cet antagonisme du droit romain entre ce qui procède du droit civil, *ex ipso jure*, et ce qui n'opère que par opposition au droit civil, *exceptionis ope* (1), ne devraient laisser sommeiller aucun des moyens de droit que la prudence du législateur a consacrés. Lorsqu'une partie conclut, en termes généraux, à ce que son adversaire soit déclaré non-recevable et mal fondé, y aurait-il excès de la part du juge s'il était autorisé à voir dans le silence du demandeur, pendant le temps requis pour prescrire, une raison suffisante pour justifier les conclusions trop vagues de celui qui entend ne pas acquiescer à la demande? Ne serait-il pas juste que celui qui réclame, après que le temps déterminé pour agir est écoulé, prouvât qu'il a conservé son droit et qu'il est exempt de négligence? *Vigilantibus jura scripta sunt.*

---

(1) Mon Comm. *de la Vente*, t. 2, n° 685 et 686.

86. Insistons un moment sur cette idée.

La maxime que le juge ne peut suppléer d'office la prescription se conçoit facilement dans la procédure compliquée des Romains. Dans ce système, une action pouvait être légitime en elle-même, c'est-à-dire être conforme au droit civil, et cependant être repoussée par quelque moyen évasif, introduit par les prudens ou le préteur; de là la théorie des exceptions, et leur différence avec les défenses *ipso jure*. On appelait défense *ipso jure* celle qui, à une action fondée sur le droit civil, opposait un moyen pris dans le droit civil (1). On appelait exception le moyen qui repoussait une demande basée sur le droit civil, par un moyen dérivant d'une autre source (comme droit prétorien, jurisprudence des prudens), qui avait dérogé au droit civil par des voies obliques (2). Quand le défendeur se bornait à nier la demande, il conservait implicitement par là toutes les défenses *ipso jure*, telles que paiement, novation, etc., et le juge pouvait suppléer ces moyens, s'ils résultaient du débat, quand même ils n'eussent pas été expressément articulés. Mais la simple dénégation ne conservait pas les exceptions intactes; on devait les articuler. Pour que le droit civil fût vaincu par la législation rivale qui s'élevait à côté

(1) Comme, par exemple, si j'actionne Titius, pour me payer mille francs qu'il m'a déjà remboursés. L'obligation étant éteinte par le paiement, qui est un moyen du droit civil, je suis sans action; et quand Titius m'oppose qu'il m'a payé, ce n'est pas une exception de sa part, mais une défense *ipso jure*, que le juge peut suppléer. *Id defensionem dici posse; exceptionem certè non esse*, dit Doneau (*Comm.*, lib. 22, cap. 1, nº 3).

(2) Comme, par exemple, je vous demande mille francs que vous m'avez promis. Vous me répondez que vous ne les avez promis que par suite de mon dol. C'est là une exception, c'est-à-dire un moyen pris en dehors du droit civil; et si vous ne l'opposez pas, il ne pourra être suppléé, quand même il résulterait avec évidence.

de lui, il fallait qu'on invoquât en termes exprès cette législation dérogatoire, sans quoi le droit civil conservait sa force prépondérante, et la demande qui s'appuyait sur lui restait seule et triomphait.

Est-ce sur ces bases que repose notre théorie des actions et de la procédure? Connaissons-nous cette lutte du droit civil écrit avec un autre droit écrit qui vient sourdement le miner et opposer puissance à puissance? Non, sans doute, et aujourd'hui que le droit se compose d'une série de préceptes découlant tous de la même source, aujourd'hui que le droit civil est un et homogène, il ne devrait plus y avoir que des défenses *ipso jure*, et le mot *exception* devrait être abandonné comme un non sens et une erreur des praticiens (1).

87. Cependant le Code civil ne l'a pas entendu ainsi. Quoiqu'il ne prononce pas le mot *exception*, il conserve à peu près la chose, en voulant, par notre article, que la prescription n'agisse pas de plein droit (2). Donne-t-on de bonnes raisons pour justifier cette disposition? Examinons et jugeons sans prévention.

La prescription est, dit-on, un moyen qui se résout en fait; elle requiert le fait de la partie. Or, le juge ne peut suppléer les moyens de fait; il ne peut suppléer que les moyens de droit.

Mais n'est-ce pas là tomber dans une étrange confusion? Que supposons-nous, en effet? que la possession de celui qui veut acquérir résulte des débats; que le silence prolongé du créancier qui réclame le paiement d'une obligation prescrite est constaté d'une manière suffisante par les pièces. Eh bien! le point de

(1) Voy. *Thémis*, t. 6, p. 11 et suiv.

(2) On a vu d'ailleurs que M. Bigot assimile la prescription à une fin de non-recevoir.

fait étant ainsi déterminé et formulé, que ferait le juge en suppléant d'office la prescription, sinon appliquer un moyen de droit?

On ajoute que la prescription répugne souvent à la délicatesse; que la conscience d'un plaideur peut le porter à ne pas se réfugier dans ce retranchement, non approuvé toujours par la probité.

L'objection serait bonne si le défendeur gardait un silence absolu, et qu'on ignorât si son intention est de résister ou d'acquiescer. Mais quand il est là, qu'il se débat contre la demande, qu'il sollicite la justice de la rejeter, comme non-recevable et mal fondée; qu'il pousse même le luxe de la défense jusqu'à l'emploi de moyens souvent très-puérils, et qu'enfin il est évident pour tous que, s'il n'allègue pas la prescription, c'est par inexpérience ou erreur, on ira supposer des scrupules imaginaires, démentis par la position même de ce défendeur, qui s'épuise en combats pour ne pas céder!!! On argumentera d'une prétendue renonciation à la prescription, au risque de fausser toutes les règles qui veulent qu'une renonciation ne soit pas facilement admise, et qu'elle résulte d'indices évidens (1).

Ces raisons nous déterminent à dire que l'art. 2223 est le résultat de préjugés anciens, qui n'auraient pas dû passer dans le Code; qu'il est un emprunt maladroit fait au droit romain; que, toutes les actions étant aujourd'hui temporaires, il serait logique de n'admettre une action fondée sur une obligation éteinte par la prescription, qu'autant que le défendeur renoncerait formellement à se prévaloir de ce moyen; mais que, tant que cette renonciation n'apparaît pas en caractères certains, le juge pourrait suppléer d'office

(1) C'est l'art. 2221 qui le dit.

ce moyen, consacré par la loi et fondé sur le droit commun.

88. Quoi qu'il en soit, développons maintenant la portée et l'esprit de la règle écrite dans l'art. 2223 du Code civil.

Dunod (1), Carondas (2) et Ferrières (3) étaient d'avis que, lorsqu'il y avait un terme fixé par les ordonnances, et que la partie agissait après son expiration, le juge devait lui opposer d'office qu'il était déchu. Car, disent ces auteurs, le juge doit juger suivant l'ordonnance, qui est en ce cas un réglement de police et un droit public.

D'après cette théorie, si un individu, lésé par la fraude ou par la violence, se fût pourvu après les dix ans pour se faire restituer, et si la partie adverse ne lui eût pas opposé la prescription, le juge aurait dû néanmoins prendre l'initiative et le déclarer non-recevable.

Mais cette opinion est fausse, comme l'a prouvé M. Merlin (4); l'article 2223 est général; il ne comporte pas de distinction arbitraire. Aujourd'hui il n'y a pas de limitation à faire entre l'origine des diverses prescriptions reconnues dans le droit. Toutes émanent de la même puissance, toutes ressortent d'une source unique, le Code civil, et il n'y en a pas qui tiennent les unes plus que les autres à l'ordre public.

N'est-il pas possible, d'ailleurs, que celui dont les prétentions découlent d'un titre repoussé par la morale, puisque la fraude ou la violence l'aurait ex-

(1) P. 110.
(2) *Quest.*, t. 22, ch. 4.
(3) Sur Paris, t. 6, § 1, no 15.
(4) *Répert.*, t. 17, vo *Prescript.*, p. 402.

torqué, éprouve le remords d'une conscience honnête, et renonce à se prévaloir d'une prescription rigoureuse qui ne ferait que prêter main-forte à la mauvaise foi?

89. Les juges ne peuvent suppléer le moyen de prescription, même au profit des mineurs, des interdits et autres incapables. Notre article se représente ici avec son texte exempt d'exception.

Il est vrai qu'on ne peut pas expliquer cette application de l'article 2223 par la supposition d'une renonciation basée sur les scrupules d'une conscience timorée (1). Mais reste toujours cette raison, bonne ou mauvaise, qui a déterminé notre article, savoir, que la prescription gît tout entière en fait, et qu'il n'est pas permis au juge de sortir des faits coarctés (2) par les parties. La requête civile pourra seule venir au secours de l'incapable (3).

90. Mais le ministère public aura-t-il qualité pour suppléer, dans les conclusions qu'il donne sur les causes des mineurs, communes, hospices, etc., le moyen de prescription que leur représentant, tuteur ou autre ne ferait pas valoir?

MM. Vazeille et Dalloz résolvent cette question pour l'affirmative (4); mais leur erreur est grande. Lorsque le ministère public parle dans les affaires des mineurs, des interdits, des communes, hospices et autres établissemens publics (5), il n'exerce pas un mi-

---

(1) *Suprà*, n° 80.

(2) Ce mot est fort usité dans le style de la procédure en Lorraine; je m'en sers à cause de sa précision et de son énergie, quoiqu'il ne soit pas connu partout.

(3) *Junge* M. Vazeille, n° 334 et 335; *Suprà*, n° 81 et 82. M. Dalloz, *Prescript.*, p. 239, col. 2, n° 2.

(4) *Loc. cit.*

(5) Art. 83, C. de pr. civ.

nistère d'action; il procède par forme d'avis, par voie de conclusions (1). Il doit donc prendre la cause dans l'état où les parties l'ont mise; il ne lui est pas permis d'ajouter aux conclusions qu'elles ont déposées, et qui ont fixé le litige. Les faits le lient comme les juges eux-mêmes, et il n'est autorisé à soulever d'office que des moyens de droit.

Il faut excepter le cas où le ministère public plaide pour le domaine. Ici son rôle est différent; il n'est plus partie jointe: il est partie principale, et la défense de l'intérêt de l'État est confiée à sa vigilance.

91. Du reste, il n'est pas nécessaire que la prescription soit proposée en termes explicites; il suffit qu'elle ressorte implicitement de la nature des défenses.

Ainsi, par exemple, si la partie qui a prescrit se prévaut d'une possession de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi, ou d'une possession de trente ans, quoiqu'elle ne prononce pas le mot de prescription, il n'en est pas moins vrai qu'elle invoque la chose, et que, dans ce cas, le juge pourrait l'admettre à faire preuve du moyen, sans encourir le reproche de suppléer d'office la prescription (2).

Ainsi encore, si, étant poursuivi en paiement d'un capital et des intérêts échus, j'excipe de la prescription du fonds, il est clair que j'oppose nécessairement la prescription des arrérages; car la prescription ne peut avoir éteint le capital que parce que les intérêts n'ont pas été payés pendant le temps requis pour la prescription. Si donc les juges n'adoptent pas mon moyen de prescription pour le capital, ils seront néanmoins tenus de m'en procurer le bénéfice pour les intérêts que je justifierai avoir été couverts par le temps.

(1) Art. 8, tit. 8, loi du 28 août 1790; art. 45 de la loi du 20 avril 1810.
(2) *Répert.*, *Prescript.*, p. 487, col. 2.

Ce ne sera pas suppléer d'office la prescription pour ces mêmes intérêts; ce sera tout simplement prendre dans ma défense ce qui s'y trouve en réalité, quoique d'une manière implicite (1).

92. On a agité la question suivante : une partie comparaît au bureau de paix, et oppose la prescription quinquennale pour les intérêts; mais, assignée ensuite devant le tribunal, elle se laisse condamner par défaut. Le tribunal devra-t-il n'adjuger au demandeur que les intérêts des cinq dernières années, ou bien faudra-t-il qu'il condamne le défaillant en tous les intérêts demandés?

La cour d'Aix s'est prononcée pour l'affirmative, par arrêt du 22 messidor an 13 (2). Elle a pensé que le défendeur qui n'avait pas comparu était censé n'avoir pas persisté dans son moyen de prescription; que le juge, n'ayant pas trouvé ce moyen écrit dans les conclusions prises devant lui, n'avait pas dû le suppléer d'office; que, sur l'appel, la partie condamnée en première instance avait sans doute pu se faire relever de sa condamnation en se prévalant du moyen de prescription, qui peut être proposé en tout état de cause; mais qu'il devait supporter les frais de la procédure à laquelle il avait donné lieu par sa lenteur à mettre au jour son exception.

Cet arrêt me paraît fondé; les pourparlers auxquels les parties se livrent devant le juge-de-paix ne peuvent tenir lieu des conclusions qui, seules, fixent le litige. Or, n'y ayant pas de prescription posée par conclusions devant le tribunal, puisque celui qui pourrait s'en

(1) Arrêt de la cour de cassat. du 27 février 1823. Dall., *Prescript.*, p. 240, note n° 2. *Répert.*, t. 17, v° *Prescript.*, p. 401. *Palais*, t. 24, p. 227. Autre arrêt de la même cour du 13 mai 1823. Dall., *loc. cit.*

(2) Dall., *Prescript.*, p. 239, note.

prévaloir fait défaut, les magistrats ignorent s'il persiste dans son exception. Déclarer la dette prescrite, ce serait donc suppléer d'office la prescription.

93. Mais, si tels sont les principes qui doivent être suivis en thèse générale, est-il bien vrai, du moins, qu'il faille les appliquer, comme la cour d'Aix l'a fait, quand il s'agit de la prescription des intérêts ? Dans ce cas, le juge ne doit-il pas repousser d'office le demandeur qui exige plus de cinq années d'arrérages ?

La raison de douter vient de ce que les anciennes ordonnances se servaient d'expressions prohibitives pour interdire la répétition des arrérages au-delà de cinq ans. *Ne pourront demander que les arrérages de cinq ans au moins.... ains, seront déboutés par fin de non-recevoir* (1), et c'est sur le fondement de ces textes que la cour de Paris a décidé, par arrêt du 8 pluviose an 10 (2), qu'avant le Code civil, le juge devait suppléer d'office ce genre de prescription ; car le créancier n'avait pas droit d'agir ; il était déchu et privé d'action pour tout ce qui excède les cinq dernières années d'intérêt.

Il faut convenir néanmoins que Dunod enseigne tout le contraire. « Ainsi, dit-il, quoique les anciennes ordonnances du comté de Bourgogne portent « que *nul ne sera admis à demander des arrérages* « *de plus de cinq ans*, l'on pourrait cependant saisir « pour tous les arrérages échus, quoiqu'il y en eût « de plus de cinq ans, et *la saisie vaudrait pour le* « *tout, si la prescription n'était pas opposée* (3). »

Ainsi, le point de droit auquel la cour de Paris s'est

(1) Ord. de 1510, art. 71. *Junge* les ord. de 1569 et 1586. *Infrà*, t. 2, n° 1001.

(2) Dall., *Prescript.*, p. 240, note n° 3.

(3) Ch. 14, part. 1, p. 118.

arrêtée était loin d'être constant sous l'ancienne jurisprudence.

A plus forte raison doit-il être écarté sous le Code civil, qui ne se sert pas des termes limitatifs des anciennes ordonnances (1); on reste donc placé sous l'influence de notre article, qu'aucune disposition subséquente ne vient restreindre.

C'est, du reste, ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 5 mars 1827 (2), dans une espèce où, la prescription des intérêts n'ayant pas été opposée en première instance et en appel, la cour royale de Colmar avait condamné le domaine en plus de cinq années d'arrérages.

94. L'article 2223 ne s'applique qu'aux matières civiles. Dans les matières criminelles et correctionnelles, ou de simple police, la prescription doit être suppléée d'office par le juge (3). C'est ce qui résulte, entre autres décisions judiciaires, d'un arrêt de la cour de cassation du 11 juin 1829 (4). La raison en est que la prescription est ici d'ordre public, car il ne dépend pas d'un particulier de se soumettre à une peine dont il est libéré. M. Vazeille (5) incline à tort contre l'opinion contraire.

La cour de cassation a même fait prévaloir ce principe par un arrêt remarquable du 5 juin 1830, dans une espèce où une partie civile réclamait par la voie correctionnelle, seule compétente en cette matière, des restitutions et dommages et intérêts contre un adjudicataire, pour déficit dans une coupe de bois (6).

---

(1) Art. 2277, C. civ.
(2) Dall., 27, 1, 160.
(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Délit forestier*, § 13. *Prescript.*, p. 487.
(4) Dall., 29, 1, 268. *Palais*, 1829, t. 3, p. 585.
(5) T. 1, n° 336.
(6) Dall., 30, 1, 356. *Palais*, 1831, t. 2, p. 17.

rait-elle fondée à annuler un jugement qui aurait rendu hommage à la loi?

96. Mais, pour que la prescription puisse être proposée intacte dans les derniers erremens du procès, il ne faut pas qu'on y ait renoncé implicitement pendant que la défense roulait sur d'autres points. L'article 2224 en fait la remarque. C'est un avertissement qu'il donne au juge, afin de concilier sa disposition avec celle de l'article 2221.

On pourra recourir à ce que j'ai dit ci-dessus sur les cas divers où il y a renonciation tacite à la prescription. Les articles 2224 et 2221 s'interprètent l'un par l'autre (1).

97. Je me bornerai à présenter ici quelques observations sur deux arrêts de la cour d'Orléans, des 18 février 1818 et 24 février 1820, qui, d'après M. Dalloz et M. Colas de Lanoue, auraient décidé que celui qui exécute un jugement interlocutoire qui ordonne une enquête et qui fait entendre des témoins, n'est pas recevable à opposer ensuite la prescription. Je ne connais pas l'espèce de ces deux décisions, car les arrestographes n'en donnent que les sommaires, et je n'oserais par conséquent me permettre de les critiquer; mais, en thèse générale, je ne pense pas qu'on doive se montrer aussi facile pour admettre une renonciation à la prescription.

Supposez, par exemple, qu'une partie actionnée en désistement soutienne qu'il n'y a pas identité entre le champ qu'on lui réclame et celui qu'elle possède, et qu'un interlocutoire soit ordonné pour appliquer les titres au local. Cette partie procède sur l'interlocu-

(1) On pourra aussi consulter quelques arrêts recueillis par M. Dalloz, *loc. cit.*, p. 242 et 243, note. Il est inutile de les analyser, parce qu'ils n'ajoutent aucune lumière à ce que j'ai dit sur l'art. 2221.

toire, et l'exécute sans protestation. Mais il se trouve que son moyen de non-identité n'est pas fondé. Croit-on qu'en engageant et en poussant jusqu'au bout le débat relatif à la question d'identité, cette partie se soit interdit de présenter ensuite un moyen de prescription? Qu'y a-t-il d'inconciliable entre ces deux issues ouvertes pour échapper à la demande? Pour se prévaloir d'une possession suffisante à prescrire, n'est-il pas rationnel d'attendre qu'il soit prouvé que l'immeuble demandé est le même que celui qui a été possédé?

98. L'article 2224 s'applique-t-il aux déchéances?

L'affirmative est certaine (1), et elle a été consacrée par un grand nombre d'arrêts rendus dans des espèces diverses; car il y a ici même motif de décider que pour la prescription; les déchéances sont des moyens du fonds qui font périmer le droit et le rendent inefficace.

99. On ne saurait en dire autant de la péremption d'instance, qui se couvre par les actes valables faits avant la demande en péremption (art. 399, Code de procéd. civ.). La raison en est que la péremption ne touche pas au fond du droit et au principe de l'action, et qu'elle ne porte atteinte qu'à la procédure.

---

(1) M. Merlin, *Répert.*, t. 15, v° *Inscription de faux*, § 6, p. 384 et 385.

ARTICLE 2225.

Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce.

SOMMAIRE.

100. Sens de l'art. 2225. La renonciation du débiteur à la prescription ne doit pas porter préjudice à ses créanciers. Raison de ceci.
101. Les créanciers peuvent même faire rétracter un traité formel et consommé. Réfutation d'un arrêt inédit de la cour de Nancy, qui juge le contraire, d'après l'opinion de M. Vazeille.
102. Il faudrait en dire autant alors même que le débiteur aurait renoncé en jugement à la prescription. Les créanciers pourraient faire tierce-opposition.
103. La caution et le garant ne sont pas liés par la renonciation à la prescription du débiteur ou du propriétaire.
104. *Quid* de l'héritier présomptif et de l'héritier après décès?
105. *Quid* de l'héritier contractuel?
106. *Quid* du donataire pur et simple?
107. *Quid* du substitué?
108. Résumé. Des personnes auxquelles profite la prescription.

COMMENTAIRE.

100. La prescription acquise n'est pas un moyen exclusivement attaché à la personne du débiteur. Il passe à ses héritiers et successeurs; ses créanciers eux-mêmes peuvent s'en prévaloir à son défaut (arg. de l'art. 1166). Il y a plus: la prescription échue constitue un émolument certain, dont le débiteur ne peut se dépouiller au préjudice de ses créanciers, ou de ceux qui ont intérêt à ce qu'il en fasse usage (1).

---

(1) Dunod, p. 110. Cançerius, lib. 1, cap. 15, nº 24. Despeisses, p. 44, nº 36, *in fine*. M. Merlin, *Répert.*, vº *Prescript.*, p. 507.

Cette double règle de l'article 2225 du Code civil n'est que l'application de ce principe, enseigné par le jurisconsulte Marcianus : *Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori quoque,* ETIAM INVITO REO, *competunt* (1).

L'ancienne jurisprudence nous offre une application remarquable de cette disposition (2); un débiteur dont tous les biens étaient saisis avait prescrit contre son frère le supplément de légitime qu'il lui devait depuis plus de trente ans. Celui-ci se présenta pour se faire colloquer, et le débiteur vint appuyer sa prétention, en déclarant qu'il ne croyait pas pouvoir équitablement opposer la prescription qui lui paraissait odieuse. Néanmoins, les créanciers saisissans soutinrent que le fait de leur débiteur ne pouvait les empêcher de puiser dans la prescription qu'il avait acquise un moyen d'écarter une dette éteinte par plus de trente ans; et, par arrêt du 21 mars 1673, le parlement de Bordeaux leur donna gain de cause. Il est vrai que plusiéurs membres de la cour votèrent contre cette décision, sous prétexte qu'il est non-seulement permis, mais même honorable de reconnaître de bonne foi qu'on n'a pas payé : *nemo prohibetur bonam fidem agnoscere;* mais la majorité pensa, suivant l'avis de Bartole, que cette maxime n'est applicable qu'autant que la reconnaissance, ou, pour mieux dire, la renonciation, ne porte pas préjudice au droit des tiers.

Le droit commun, en effet, et la loi décident que l'action est éteinte. Si vous voulez vous montrer généreux en ne vous prévalant pas d'une déchéance qui vous répugne, vous le pouvez sans doute; mais c'est

---

(1) L. 19, D. *de Except.*
(2) Lapeyrère, lettre P, nº 102. M. Merlin, *Répert., loc. cit.*

à condition que vous vous libérerez, avant tout, de dettes plus urgentes, et que vous ne compromettrez pas le sort des créanciers vigilans qui ont su maintenir leurs droits. *Nemo liberalis nisi liberatus*, disent les docteurs, en faisant un jeu de mots plein de sens. Que si, au contraire, vous ne pouvez acquitter la dette de la conscience qu'au préjudice de celles qui ont la double sanction de la conscience et de la loi, vos scrupules sont irréfléchis; peut-être masquent-ils une collusion!! et, comme il n'est pas d'un homme juste de sacrifier ses obligations les plus étroites à celles qui ont moins de faveur et de force, la loi suppose, de plein droit, qu'il y a fraude dans la renonciation : elle l'annule, sans s'inquiéter du motif, peut-être excusable, mais au moins très-imprudent, qui l'a fait souscrire.

101. Ici se présente une question diversement résolue, et qui résume en grande partie toute la portée de l'article 2225; elle consiste à savoir si les créanciers peuvent faire rétracter une renonciation contenue dans un traité formel et consommé.

Non, dit M. Vazeille (1); ce n'est que lorsque le sort de la prescription n'a pas été réglé, que les tiers intéressés peuvent faire ce que leur débiteur ne veut pas faire. Mais il ne doit pas leur être permis de demander, de leur chef, l'annulation des traités contraires à la prescription qu'il a passés sans leur participation. M. Dalloz se range à ce sentiment (2).

Je le fortifierai d'un arrêt inédit de la cour de Nancy, en date du 25 août 1829.

Herbinot, créancier d'un sieur Gérard, se présenta à l'ordre ouvert sur le prix des biens de cet individu, et réclama par privilége un capital de 2,300 fr., plus

(1) T. 1, nº 352.
(2) *Prescript.*, p. 243, col. 2, nº 7.

les intérêts de neuf ans, montant à 1,107 fr. Il se prévalait d'un décompte, sans date certaine, qu'il avait fait avec Gérard, et par suite duquel ledit Gérard avait consenti à payer 3,400 fr. en principal et intérêts, renonçant ainsi à opposer la prescription des intérêts.

Debailleul, autre créancier de Gérard, soutint que cette renonciation lésait ses droits; que Gérard n'avait pu renoncer à la prescription à son préjudice, et il demandait à user de l'article 2225, pour faire réduire à cinq années d'intérêts les arrérages réclamés par Herbinot.

Sur ce débat, arrêt ainsi conçu :

« En ce qui touche la prescription de cinq ans opposée par la partie de Laflise;

« Considérant que les choses ne sont plus entières; qu'en effet, antérieurement à la contestation, le débiteur Gérard avait, de bonne foi, reconnu dans son intégralité la dette aujourd'hui réclamée par Herbinot, capital et intérêts courus, telle qu'elle a été portée au procès-verbal d'ordre; qu'ainsi la partie de Laflise (Debailleul) est aujourd'hui non-recevable à se prévaloir des dispositions de l'article 2225 du Code civil, etc.; par ces motifs, la cour a mis et met l'appellation au néant, avec amende et dépens. »

Je dois dire que cet arrêt a été rendu contre mes conclusions. Mais, si je le combats ici, ce n'est pas par une puérile obstination : c'est qu'ayant de nouveau étudié la question, je me suis convaincu que je n'ai pas à changer d'opinion. J'ajouterai même que, parmi les membres de la cour qui formèrent la majorité, il en est à ma connaissance qui, après de plus mûres réflexions, ont pensé qu'ils avaient été entraînés trop loin.

L'article 2225 contient deux choses très-distinctes,

à mon avis : 1° une application de l'article 1166 du Code civil, qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits de leur débiteur, et par conséquent d'opposer la prescription qui lui est acquise (1); 2° une conséquence de l'article 1167 du Code civil, qui permet au créancier d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, et par conséquent de faire annuler la renonciation qu'il a faite à la prescription, lorsqu'il en résulte un préjudice pour eux. C'est ce qui me semble résulter de ces mots : *Peuvent l'opposer, encore que le créancier ou le propriétaire* Y RENONCE. Ce n'est plus, comme dans le cas de l'article 1166, l'usage d'un droit encore existant dans le patrimoine du débiteur : c'est l'emploi d'un moyen de défense qu'il avait abdiqué, et dont, par conséquent, les créanciers ne peuvent se prévaloir qu'en faisant considérer sa renonciation comme non avenue.

Or, l'action autorisée par l'article 1167 a précisément pour but de faire tomber les actes consommés. Les exemples abondent pour le prouver : je citerai les articles 622, 788 et 1464 du Code civil (2). L'arrêt que je réfute, ainsi que les auteurs avec lesquels il se rencontre, s'appuient donc sur une circonstance insignifiante, lorsqu'ils insistent sur ce que l'acte de renonciation est consommé. C'est précisément parce qu'il y a consommation d'un fait, accomplissement final d'un acte préjudiciable, que l'action révocatoire trouve sa place.

La cour de Nancy a touché un moyen plus grave, lorsqu'elle a parlé de la bonne foi qui avait présidé au décompte fait entre Herbinot et Gérard. Peut-on, en

(1) M. Bigot, *Exposé des motifs*. Fenet, t. 15, p. 578.

(2) *Junge* l. 10; D. *Qui et a quibus manumissio. Inst.*, § 3, *Qui et quib. caus. manumitt.*

effet, qualifier d'acte frauduleux celui qui a été passé sous l'influence de la bonne foi?

Mais, d'abord, qu'entend-on ici quand on parle de bonne foi? La cour a-t-elle voulu dire que Gérard, en renonçant à la prescription, avait agi avec loyauté et en homme consciencieux? C'est fort bien, si Herbinot eût été le seul créancier de Gérard; mais il faut se rappeler ce que j'ai dit au n° 100, avec les magistrats du parlement de Bordeaux. Reconnaître une dette prescrite est sans doute un acte loyal quand on ne fait pas tort à des tiers par cette reconnaissance; mais, si la renonciation à la prescription porte préjudice à des créanciers vigilans, ce stoïcisme raffiné n'est plus alors que l'écart d'une conscience sans lumières; c'est une fausse et trompeuse délicatesse; c'est une restitution faite avec l'argent d'autrui. Or, on conviendra que ce genre de bonne foi est au moins très-singulier.

Ou bien la cour a-t-elle entendu dire que, dans le décompte passé entre Herbinot et Gérard, il n'y avait pas eu le dessein de frustrer les tiers, le *consilium fraudis* (1), requis par les lois pour l'application de l'article 1167 du Code civil? mais le faux aperçu serait palpable.

Quand une renonciation est faite à titre gratuit, il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait une fraude articulée pour la faire révoquer. Dans un grand nombre de cas, il suffit qu'il y ait préjudice pour les créanciers, parce qu'alors la loi admet implicitement, et de plein droit, l'idée de dol ou de collusion; plusieurs dispositions du Code civil prouvent cette assertion (2);

(1) L. 79, D. *de Reg. juris.*

(2) Argum. des art. 622, 788, 882, C. civ.; art. 444, C. de comm. M. Delvincourt. M. Duranton, t. 10, n° 567. M. Toullier, t. 6, nos 348 et suiv.

notre article en offre la démonstration complète. Pour faire rétracter la renonciation à la prescription, il n'exige aucune condition; il ne dit pas que la renonciation ne pourra être considérée comme non avenue qu'autant qu'une fraude caractérisée y aura eu part. Par cela seul qu'il y a renonciation gratuite, il suppose qu'il y a perte et préjudice, et, raisonnant comme si le dol était flagrant, il arme les créanciers d'un pouvoir révocatoire. Ici, le Code civil a donné la préférence à l'opinion de Caïus, qui voulait que les créanciers fussent autorisés à agir par l'action paulienne, par cela seul qu'il y avait préjudice, sur l'opinion de Julien, qui exigeait, en outre, que le débiteur eût agi dans l'intention préméditée de nuire (1). Sans doute, en thèse générale, la double condition requise par Julien doit se réaliser, et, de droit commun, Julien a raison contre Caïus (2); mais, je le répète, il y a plusieurs cas où le Code se contente d'un simple préjudice pour en faire ressortir une présomption légale de fraude, et celui que j'examine est du nombre.

A ces raisons que peut-on opposer? J'avoue que je cherche en vain, dans l'opinion que je combats, quelque argument qui me paraisse spécieux.

Par exemple, M. Vazeille insiste sur ce que l'article 2225, en se servant de ces mots: *encore que le débiteur y renonce*, ne se rapporte ni au passé ni à l'avenir; qu'il ne parle que de ce qui est présent; qu'ainsi il ne règle pas les renonciations consommées, mais bien le cas où les choses sont encore entières.

Mais veut-on voir combien est frivole ce raisonne-

(1) L. 10, D. *Qui et a quib. man.* L. 15, D. *Quæ in fraudem. Inst., Qui ex quibus causis manum.*, § 3. M. Ducaurroy, t. 1, p. 88.

(2) M. Duranton, t. 10, nos 572 et suiv. M. Toullier, t. 6, nos 357 et suiv.

ment, je me trompe, cet abus de mots? il suffit de se reporter à l'article 788 du Code civil :

« Les créanciers de celui qui *renonce* au préjudice « de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice « à accepter du chef de leur débiteur, en son lieu et « place. »

Là aussi le législateur ne parle qu'au présent; là aussi il ne se sert d'aucun mot qui tombe sur le passé ou sur l'avenir, et cependant qui doute que les créanciers ne puissent faire annuler une renonciation faite au greffe, et entièrement consommée par leur débiteur? M. Vazeille lui-même hésiterait-il à reconnaître le droit des créanciers? voudrait-il le restreindre au cas où la renonciation serait actuelle, et, pour ainsi dire, contradictoire avec eux? J'ai déjà eu occasion de montrer, dans d'autres circonstances, la fragilité de ces systèmes, qui ne s'appuient que sur des discussions de mots et des interprétations purement grammaticales. Voilà bien la preuve du danger de ces subtilités qui pèsent une expression, la commentent par la syntaxe et le dictionnaire de l'Académie, et lui enlèvent son sens juridique à force de vouloir la restreindre dans son sens grammatical.

Je demande ensuite si l'article 2225 ne serait pas condamné à l'inertie la plus incurable, si l'on devait le prendre dans le sens de M. Vazeille. Est-ce qu'un créancier sait le moment précis où son débiteur renonce au profit d'un tiers? Est-ce qu'il peut deviner qu'aujourd'hui, à telle heure et dans telle étude, il va passer un acte pour se montrer généreux aux dépens de ceux à qui il doit en vertu de titres obligatoires? Est-ce qu'il est possible à ce créancier d'intervenir à l'instant donné, et de prendre la renonciation sur le fait, pour l'arrêter dans sa consommation et y opposer son *véto?*

Mais, dit M. Vazeille, en matière de partage, l'article 882 du Code civil ne permet pas aux créanciers d'attaquer un partage consommé. Pourquoi donc en serait-il autrement quand il s'agit d'une renonciation à la prescription?

Pourquoi? parce qu'il n'y a aucune parité entre les deux cas; parce que la renonciation est un acte instantané qui échappe à toutes les prévisions et peut tromper la vigilance la plus attentive, tandis qu'au contraire un partage est une opération longue et hérissée d'incidens, annoncée d'avance par l'ouverture de la succession ou la dissolution de la société, et entraînant après elle une assez grande publicité pour que les créanciers puissent y intervenir d'office. Si M. Vazeille voulait trouver des analogies, il en aurait trouvé de bien plus saillantes et de plus justes dans les articles 622, 788 et 1464 du Code civil, qui présupposent le plus souvent qu'il y a acte consommé quand les créanciers se présentent pour ébranler la renonciation qui les blesse.

Enfin, lorsque M. Vazeille veut que les choses soient encore entières, ne va-t-il pas contre le texte même de l'article 2225, qu'il me sera bien permis d'interroger à mon tour, pour l'opposer à ceux qui en font le centre de leurs raisonnemens? Cet article suppose, en effet, qu'il y a renonciation; il n'est pas fait pour le cas où le débiteur garde le silence, et où le sort de la prescription est encore en suspens. Non! le débiteur a parlé; le mot de renonciation est sorti de sa bouche; il a expressément abdiqué son droit. Maintenant qu'on suppose, tant qu'on voudra, que cette renonciation n'est séparée du moment où le créancier opposant intervient, que par le plus léger intervalle de temps; il n'importe! il sera vrai de dire que la renonciation a eu lieu; que ces mots : *le débiteur*

qui renonce, équivalent à ceux-ci : *le débiteur qui a renoncé*, et l'on pourra appliquer ce vers du poète :

« Et l'instant où je parle est déjà loin de moi. »

Eh bien! de là, je tire une double conséquence : la première, c'est que l'argument grammatical de M. Vazeille est nécessairement forcé ; la seconde, c'est qu'en disant que l'article 2225 reste à l'écart alors que le sort de la prescription est fixé par le débiteur, il tombe dans une erreur palpable. Car, s'il y a renonciation, même actuelle, les choses ne sont plus entières ; le débiteur s'est déjà dépouillé, et il faut faire rétracter cet acte d'abdication gratuite.

Du reste, quand je soutiens que les créanciers ont le droit d'user de l'article 2225 pour faire révoquer des renonciations consommées, il est bien entendu que ce n'est qu'autant qu'à l'instant de la renonciation le débiteur est insolvable, ou que son abdication l'a empêché de remplir ses engagemens envers eux (1). On conçoit alors que sa reconnaissance d'une dette légalement éteinte soit peu méritoire, puisqu'il ne se pare des couleurs d'une loyauté affectée qu'en portant atteinte aux droits de ses créanciers et en faisant le libéral à leurs frais. Mais il en serait autrement si la reconnaissance avait été faite à une époque de solvabilité et eût laissé son patrimoine assez riche pour satisfaire à ses engagemens. Ce serait alors l'accomplissement d'un devoir, et l'action révocatoire échouerait infailliblement ; car cette action ne se fonde que sur un préjudice causé. Et où serait le dommage, si la fortune du débiteur fût restée plus que suffisante

(1) M. Duranton, t. 10, n° 570.

pour répondre de l'exécution de ses obligations (1)?

102. Je viens de discuter la question pour le cas où la renonciation émane d'un contrat. La solution serait-elle la même si elle avait été fortifiée par un jugement à la suite d'une instance dans laquelle le débiteur n'aurait pas opposé la prescription, ou même y aurait renoncé formellement?

Je n'hésite pas à le croire.

La loi 5, au C. *de Pignoribus et Hypothecis*, décide que le jugement rendu contre le débiteur ne nuit pas au créancier hypothécaire lorsque celui-ci prouve qu'il est le fruit d'une collusion. *Præses provinciæ jus pignoris tui exsequentem te audiet; nec tibi* OBERIT SENTENTIA ADVERSUS DEBITOREM TUUM DICTA, *si eum colluisse* (2) *cum adversario tuo... constiterit.*

Et l'on convient généralement que cette loi est reçue dans nos mœurs (3). La chose jugée ne doit pas servir de rempart à la fraude et à la collusion; elle n'est si respectable que parce qu'on suppose qu'elle exprime l'opinion d'une autorité libre, indépendante et éclairée, et que de mauvaises manœuvres n'ont pas trompé la religion du juge. Les créanciers victimes de ces manœuvres ont donc le droit de former tierce-opposition à la sentence. Quoiqu'en général ils soient censés représentés par leur débiteur, cela cesse d'être vrai quand il y a lutte entre eux, quand le débiteur les trahit, au lieu de veiller dans l'intérêt de tous. C'est ce qui a été

---

(1) Voy. *infrà*, n° 103, un cas qui montrera le danger de l'opinion de M. Vazeille et de la cour de Nancy. Si cette opinion est repoussée par la raison, quand il s'agit d'une caution ou d'un garant, pourquoi pas quand il s'agit d'un simple créancier, que l'art. 2225 met sur la même ligne?

(2) *Id est* (dit Cujas sur cette loi) *si perfunctoriè egerit ut vinceretur, se submittens adversario.*

(3) M. Merlin, *Répert.*, *Opposition* (*tierce*), p. 803; § 2, art. 3.

jugé par arrêt du parlement de Paris, en date du 22 février 1701 (1). Et le bon sens dit que cette jurisprudence doit survivre à toutes les révolutions dans la législation (2).

Maintenant il ne reste plus qu'une question à se faire ; c'est de savoir si le débiteur qui, placé dans les conditions d'insolvabilité dont nous avons parlé au numéro précédent, renonce à un moyen de défense péremptoire, et rend meilleure la condition de son créancier déchu, en préjudiciant à ceux qui ne le sont pas, est censé commettre une fraude ou une collusion telle qu'il y ait lieu à la tierce-opposition.

Je crois que cette question se résout facilement pour l'affirmative, d'après le texte de notre article. Il suppose nécessairement, en effet, la collusion et la mauvaise foi de la part du débiteur qui, par une renonciation irréfléchie ou colorée d'un vernis trompeur de loyauté, avantage un créancier aux dépens des autres, appauvrit ceux-ci pour enrichir celui-là, déplace les positions faites par la loi, donne tout à celui qui juridiquement ne devrait rien avoir, et enlève aux créanciers vigilans le gage qui leur était acquis (3).

103. Je viens d'exposer la portée du droit des créanciers proprement dits, qui sont seuls nommés dans l'article 2325 du Code civil. Voyons maintenant quelles sont les autres personnes à qui il profite également, et que notre article désigne par cette indication générale : « *ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la* « *prescription soit acquise.* »

(1) *Journal du Palais,* à sa date. M. Duranton, t. 10, n° 553. M. Toullier, t. 6., n°s 373 et 374.

(2) Argum. de l'art. 474, C. de pr. civ.

(3) Comme de raison, M. Vazeille pense le contraire ; il veut une fraude spéciale, articulée et prouvée.

D'abord, le bon sens nomme la caution et le garant. C'est en vain que le débiteur, se montrant généreux à bon marché, aurait renoncé à la prescription; c'est en vain que le garanti aurait reconnu que l'immeuble qu'un tiers revendique sur lui ne lui appartient pas, quoiqu'il l'ait possédé pendant dix et vingt ans avec titre et bonne foi. Il est bien évident que la caution et le garant ne seraient pas liés par ces renonciations, quand même elles seraient consommées, quand même elles auraient été ratifiées par des jugemens qui en auraient donné acte (1). Il ne doit pas dépendre d'un débiteur ou d'un garanti d'abdiquer un moyen de défense péremptoire par une renonciation qui va reporter sur autrui toute la responsabilité de l'obligation (2).

104. Mais l'article 2225 s'applique-t-il aux héritiers présomptifs, aux héritiers après décès, à l'héritier institué par acte entre-vifs, au donataire, au substitué?

En ce qui concerne les héritiers présomptifs, le plus léger doute ne saurait s'élever. Leur droit n'est pas ouvert; ils n'ont qu'une espérance vague et fugitive. Celui dont ils attendent la succession pourrait à son gré l'épuiser en prodigalités; et il ne pourrait pas renoncer à une prescription?

Quant aux héritiers après décès, ils représentent leur auteur, et, loin de pouvoir attaquer les actes émanés de lui, ils sont tenus de les exécuter.

105. L'héritier institué par acte entre-vifs est dans une position à part (3). Il n'est lié que par les actes d'aliénation à titre onéreux que l'instituant fait de bonne foi jusqu'à sa mort; mais il peut faire révoquer les actes d'aliénation à titre gratuit des objets compris dans la

(1) *Suprà*, n°s 101 et 102.
(2) *Quest. de droit* de M. Merlin, v° *Garantie*, § 7.
(3) M. Vazeille, n° 349.

donation, à moins que ce ne soit des gratifications de sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. (1).

Toute la question consiste donc à savoir si la renonciation à la prescription est un acte d'aliénation à titre gratuit.

Si l'on devait s'attacher à une interprétation rigoureuse de l'article 1083 du Code civil, il faudrait peut-être se prononcer pour l'affirmative; car, renoncer à la prescription acquise, c'est abdiquer sans compensation un droit échu, un émolument certain; c'est favoriser la négligence d'un créancier au préjudice d'un héritier qui compte sur les biens dont la donation a décidé son mariage.

Cependant, je crois qu'il faut apporter un esprit équitable et large dans le sens à donner à l'article 1083, et que l'on ne doit pas enlever au donateur la faculté d'obéir au cri d'une conscience timorée qui lui commande de reconnaître sa dette.

Ainsi, si le donateur paie une obligation contractée par lui et prescrite, je crois que l'héritier contractuel ne serait pas fondé à se plaindre de cet acte de loyauté. Le juge rendrait hommage à la délicatesse du donateur, et ne pourrait que déplorer la dureté de l'héritier qui n'aurait pas le cœur de s'y associer. Le donateur, en promettant ses biens, n'a pas entendu étouffer chez lui la voix de l'honneur; sa générosité envers son héritier n'est pas inconciliable avec sa bonne foi envers ses créanciers (2).

Mais si, au lieu d'une prescription trentenaire afin de se libérer, il s'agissait d'une prescription avec titre et bonne foi par dix et vingt ans, je crois qu'il ne serait

(1) Art. 1083, C. civ.
(2) M. Vazeille, *loc. cit.*

pas aussi facile de justifier la conduite du donateur. Sa renonciation serait sans cause ; aucun motif de bonne foi, aucun scrupule de conscience ne serait là pour le déterminer à une aliénation qui ne s'explique ni par l'existence d'une obligation morale, ni par les règles du droit naturel (1). Devenu propriétaire légitime par son contrat, par une possession sincère, et par le voeu de la loi, d'accord avec la saine raison, il ne trouve dans le for intérieur rien qui condamne ce titre sacré. Car, pensons-y bien! la prescription décennale n'est pas fondée sur une fiction légale, sur un intérêt public placé en opposition avec le droit naturel : c'est le droit naturel lui-même dans toute sa pureté, ainsi que je l'ai démontré ailleurs (2). Donc, la renonciation serait une aliénation à titre gratuit, dans toute la force du terme, et l'article 1083 donnerait le moyen de la faire rétracter (3).

106. Le donataire pur et simple n'a rien à redouter d'une renonciation faite par le donateur depuis la transcription de la donation ; car celui-ci a été dessaisi, et son droit sur la chose s'est complètement épuisé. Si la renonciation était antérieure, elle empêcherait l'effet de la donation. Le donateur aurait donné ce qui ne lui appartenait plus, et le donataire serait sans qualité pour se plaindre. Je dis même que le donataire devrait être repoussé, quand même la renonciation serait faite entre la donation et la transcription. Ce qui donne à la donation une force de nature à réagir jusque sur les tiers, c'est la transcription. Sans la transcription, le donateur reste, à leur égard, seul et vrai

---

(1) *Voy.* en effet *suprà*, nos 8 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) Cette nuance a échappé à M. Vazeille; je crois qu'elle mérite d'être prise en considération.

propriétaire ; il peut donc aliéner, abuser même, et par conséquent renoncer à la prescription. Je comprends difficilement que M. Vazeille (1) ait pu penser que le donataire serait reçu à opposer lui-même la prescription. Où serait son titre? La donation? Mais elle est sans effet à l'égard des tiers, tant qu'elle n'est pas transcrite (2). Où serait son intérêt? Prendra-t-il son point d'appui dans la donation? Mais les tiers ne doivent tenir compte de cet acte qu'à dater de la transcription ; et, comme cette formalité est postérieure à la renonciation, le donataire ne peut rétroagir sur le passé, et s'élever contre des actes faits de bonne foi à une époque qui a précédé. Qu'est-ce qu'un intérêt postérieur à la renonciation? Un intérêt né après cette renonciation peut-il réclamer contre elle?

107. Le substitué n'est pas lié par les renonciations à la prescription au moyen desquelles le grevé diminuerait l'importance du fidéicommis qu'il doit rendre intact, lorsque la condition se réalise. La raison en est que le grevé ne peut aliéner, et que, par conséquent, il ne peut renoncer à la prescription (3).

Que si l'acte contenant substitution n'avait pas été transcrit, on appliquerait ce que j'ai dit au numéro précédent (4).

108. Nous venons de voir par les détails qui précèdent quelles sont les personnes à qui profite la prescription. Non-seulement elle protége les droits de la personne qui a possédé ou du débiteur qui n'a pas été inquiété, mais encore elle vient au secours de leurs

(1) No 350.

(2) Art. 941, C. civ.

(3) Art. 2222, C. civ. *Suprà*, argum. de l'art. 31, Tit. 2 de l'ord. de 1747. Furgole, sur cet article.

(4) Argum. de l'art. 1070.

créanciers ou de leurs successeurs ou ayant-cause (1), suivant les distinctions que nous avons établies.

Si la dette est l'objet d'une novation, la prescription acquise postérieurement profite au nouveau débiteur. Mais il n'en est pas de même si elle est simplement l'objet d'une indication de paiement non acceptée par le créancier et n'opérant pas d'interversion dans le rôle des parties. La prescription acquise profite alors non pas à celui qui a été désigné pour faire le paiement, et qui n'est qu'un tiers à l'égard du créancier négligent, mais au débiteur originaire qui a continué à rester tel, et qui seul a été engagé envers le créancier par un lien obligatoire.

Ce cas s'est présenté devant le parlement de Toulouse, et, quelque simple qu'il soit en lui-même, il a donné lieu à de sérieux débats entre deux jurisconsultes distingués, qui ont écrit sur la jurisprudence de cette cour souveraine.

Salelle devait à Henry une somme d'argent, par contrat de 1628; en 1632, il vend un immeuble à Dordet, avec condition d'en payer le prix à Henry; en 1660, Salelle assigne Dordet pour lui rapporter quittance. Dordet répond : « Je n'ai dû connaître que Henry, que vous m'avez chargé de désintéresser. Or, celui-ci ne m'a rien réclamé, et je suis quitte envers lui par la prescription. » Sur ces raisons, arrêt du parlement de Toulouse de janvier 1666, qui condamne Dordet à compter avec Salelle ou à lui rapporter quittance; mais cet arrêt fut déterminé par l'unique motif qu'il y avait eu interruption de prescription. La question sou-

(1) Ainsi, par exemple, le tiers-détenteur de l'immeuble hypothéqué profite de la prescription acquise contre la créance par le débiteur et son vendeur, art. 2180, C. civ., et arrêt de la cour de cassat. du 25 avril 1826 (Dall., 26, 1, 263).

levée par Dordet resta donc entière ; et, suivant Catellan, elle aurait dû être résolue en faveur de cet individu (1) !!! Mais on s'étonne que ce magistrat éclairé soit tombé dans cette erreur, et Vedel, son commentateur, a eu le bon esprit de la relever. La délégation contenue dans le contrat de 1632 n'ayant pas été acceptée par Henry, ce dernier était resté créancier de Salelle, et aucune novation ne l'avait attaché à Dordet. Comment donc Dordet aurait-il pu prescrire contre un individu dont il n'était pas débiteur ? comment ne voyait-il pas tout ce qu'il y avait de faux dans la position qu'il aspirait à prendre ? Débiteur de Salelle pour un prix de vente non prescrit, mais voulant échapper à un paiement légitime, il éteignait son obligation de ce côté pour la reporter du côté de Henry, à qui il ne devait rien, et dont le titre contre Salelle était désormais vain et inutile par l'effet de la prescription. Il se substituait à Salelle, pour ne pas payer à Henry, qui, pour lui, était un tiers ; mais, quand il s'agissait de payer Salelle, son créancier, il l'absorbait dans je ne sais quelle novation imaginaire, qui n'était qu'une ruse de la mauvaise foi pour garder son prix de vente (2). Sa prétention était tellement insoutenable, qu'on ne conçoit pas qu'elle ait fait quelque illusion sur l'esprit de Catellan. *Quandoque bonus dormitat !!!*

---

(1) Liv. 7, ch. 6.

(2) *Voy.* dans M. Merlin, v° *Prescript.*, *Répert.*, p. 506, ce que dit Vedel pour démontrer l'erreur de Catellan.

ARTICLE 2226.

On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce.

SOMMAIRE.

108. Transition. Des matières susceptibles de prescription. L'article 2226 ne les passe pas toutes en revue. Il ne parle pas des choses qui, quoique aliénables, sont toutefois imprescriptibles. Fausseté de la règle : *alienabile, ergo præscriptibile*.

109. Causes diverses d'imprescriptibilité.

110. § 1. Des choses imprescriptibles par leur nature.
1° *Liberté et autres droits naturels* inhérens à l'organisation de l'homme. Mot du pape Grégoire IX.

111. En quoi ces droits sont imprescriptibles. La liberté est susceptible de restrictions. On soumet, par prescription, l'homme aux obligations compatibles avec le droit de contracter. On peut même, par certaines déchéances, porter atteinte à la liberté individuelle.

112 2° *Les facultés et les droits facultatifs* sont imprescriptibles. Définition du mot faculté. Reproches faits à d'Argentrée. Distinctions importantes. Exemples de plusieurs droits facultatifs inamissibles par le long usage. Différences entre les droits facultatifs et les droits formés et particularisés. Mot de M. Royer-Collard.

113. Toutefois, certains droits facultatifs peuvent se prescrire à compter de la contradiction.

114. Application de ceci à celui qui, pendant plus de trente ans, a laissé couler l'eau de sa source sans l'utiliser; il peut retenir les eaux au préjudice du voisin qui s'en sera servi, à moins que celui-ci n'ait fait des travaux apparens ayant plus de trente ans.

115. Le propriétaire peut même couper les veines d'eau qui alimentent le puits du voisin.

116. Mais, en faisant ce qu'il veut sur son terrain, le propriétaire doit se conformer à certains réglemens de police.

117. Sont aussi facultés imprescriptibles : le droit de dessécher son héritage, de le préserver des inondations, d'ouvrir des jours, de laisser chômer un moulin et de le faire travailler ensuite.

118. Il en est de même du droit de se clore.

119. Et du droit de se borner.

120. Et du droit de sortir de l'indivision.

121. *Quid* du droit attribué aux communes et aux propriétaires de halles de se contraindre mutuellement à les louer ou à les vendre? Dissentiment avec un arrêt de Bordeaux.

122. Le droit de laisser couler son eau naturellement sur le fonds inférieur est imprescriptible.

123. Les facultés conventionnelles sont prescriptibles.

124. Exemple emprunté à Henrys.

125. Arrêt de la cour de Limoges qui confirme cette vérité.

126. Critique d'un arrêt de Bruxelles qui la méconnaît.

127. Autre arrêt de la même cour plus conforme aux principes. Au reste, il faut toujours distinguer si la faculté conventionnelle provient d'une clause accidentelle au contrat, ou si elle est indivisible de ce même contrat. Dans ce dernier cas, elle subsiste autant que le contrat lui-même. Renvoi au n° 129.

128. Nouveaux exemples de facultés conventionnelles prescriptibles. 1° Faculté perpétuelle de résilier un contrat; 2° promesse de payer à volonté et toutes et quantes fois.

129. Limitation à la prescriptibilité des facultés conventionnelles : 1° quand elle procède d'une clause inhérente au contrat et indivisible. *Voy.* n° 127.

130. 2° Lorsque la faculté gît dans le choix des moyens alternatifs de se libérer. Exemples.

131. 3° Lorsque la faculté a été créée à perpétuité pour une communauté d'habitans. La faculté ne se prescrit pas entre eux.

132. 3° On ne prescrit pas *contre les bonnes mœurs et contre les matières qui tiennent à l'ordre public*. Exemple tiré des contrats usuraires et de l'état des personnes. On n'acquiert pas les droits civils par prescription.

133. Toutefois la prescription n'est pas sans influence sur l'état des personnes. Exemples. Déchéance de l'action en désaveu. Recherche de l'état d'enfant est prescriptible après sa mort. Possession d'état. Prescription contre les demandes en nullité de mariage.

134. 4° On ne prescrit pas contre les lois de *police générale*. Exemple tiré de l'obligation de subir un alignement ou de ne rien faire qui contrarie la navigation dans une rivière navigable.

135. Autre exemple tiré de ce qu'aucune possession ne donne le

droit de tenir les eaux privées à une hauteur préjudiciable.

136. On ne peut acquérir par prescription le droit d'inonder le voisin. Erreur de M. Toullier.

137. On le peut cependant lorsque l'administration compétente a donné un niveau fautif, et qu'on le possède pendant trente ans.

138. Espèce curieuse jugée par la cour royale de Nancy, et dans laquelle le droit d'inondation a été consacré parce qu'il ne se fonde pas sur un délit.

139. Autres droits contraires à la police, et qu'on ne peut acquérir par prescription. Droit de moulin, pêche, etc.

140. On ne peut acquérir par prescription le droit de faire passer sur la voie publique des eaux malsaines. On ne peut acquérir non plus par le même moyen une servitude qui gêne la voie publique et le droit de police de l'autorité.

141. On n'acquiert pas par prescription le droit de corrompre les eaux. Mais on peut acquérir le droit de les salir, pourvu qu'on ne porte pas atteinte à la salubrité publique.

142. 5° Des choses matérielles qui, par leur nature, résistent à l'appropriation. De la mer. Elle est *res nullius*. Raisons insuffisantes données par Grotius. Madame de Staël invoquée pour le combattre.

143. Le droit de pêche dans la mer est imprescriptible.

144. § 2. Des choses imprescriptibles, non comme résistant par leur nature à l'appropriation, mais parce qu'elles sont publiques.

1° Des eaux courantes. Erreur de Justinien, qui les déclare communes. Cicéron plus exact que le législateur de Constantinople. Distinction à faire entre les eaux de la mer, celles des fleuves et rivières, et celles des sources. Les premières ne sont à personne; les secondes appartiennent au public; les troisièmes à des particuliers.

145. 2° Les rivières non navigables ni flottables font-elles partie du domaine public? Première époque, c'est-à-dire époque féodale. Deuxième époque, c'est-à-dire depuis la suppression de la féodalité. Troisième époque, c'est-à-dire depuis la publication du C. civ. Ce Code a fait un partage entre l'Etat, les riverains et les individus indiqués dans l'art. 563.

146. Conséquence de ceci. 1° Le droit de l'Etat survit à tous les actes de jouissance privée. 2° Un cours d'eau non navigable peut s'acquérir par prescription avec les terres adja-

centes. On peut même y acquérir le droit de digue et de moulins, avec l'autorisation de l'autorité supérieure.

Il y a plus, on peut y construire un moulin sans permission, et en acquérir la propriété par prescription, à condition qu'on n'inondera pas l'héritage voisin.

147. 3° Les eaux pluviales et vicinales qui séjournent ou passent dans les lieux publics sont *res nullius*. Erreur de quelques tribunaux et de la cour de cassation elle-même, pour expliquer qu'elles sont imprescriptibles. Elles sont imprescriptibles, quand même on aurait fait des travaux d'art pour procurer leur écoulement.

148. Il en est autrement quand les eaux pluviales coulent d'une propriété privée sur une autre. Dissentiment avec M. Duranton. Inapplicabilité de quelques lois romaines, et nécessité de ne se servir des textes du *Digeste* qu'avec précaution.

149. 4° Les rades, ports et hâvres sont imprescriptibles à cause de leur destination. Ils font partie du domaine public; mais ils rentrent dans le commerce quand cesse leur destination.

150. 5° *Quid* des rivages de la mer? Dissentiment avec M. Toullier, qui pense qu'on peut y acquérir par prescription des pêcheries, et y faire des marais salans et autres établissemens.

151. Mais on peut acquérir par prescription les eaux salées qui s'introduisent naturellement dans l'intérieur des terres.

152. 6° Les relais de la mer sont prescriptibles. Erreur de l'article 538.

153. 7° Les rivages des rivières navigables appartiennent aux riverains jusqu'au flot. Ils sont prescriptibles.

154. 8° Des canaux navigables. Ils font partie du domaine public; mais le droit de les exploiter est prescriptible. Distinction entre les servitudes dont ils peuvent être grevés.

155. *Quid* des canaux navigables concédés à perpétuité aux particuliers par l'Etat? Arrêt remarquable de la cour de Lyon. Explication d'un arrêt de la cour de cassation du 5 mars 1829.

156. 9° Des voies publiques. Elles font partie du domaine public. Elles sont imprescriptibles. On peut cependant y établir des servitudes qui rentrent dans leur destination.

157. La largeur d'une route royale est imprescriptible.

158. Il en est de même de la largeur des chemins vicinaux. Erreur de M. Garnier.

159. Que doit prouver une commune quand elle se retranche dans l'imprescriptibilité de ses chemins vicinaux?

160. La largeur des chemins, surtout des chemins vicinaux, n'est pas toujours certaine dans le droit; c'est la possession qui doit décider. Mais, si la largeur est prouvée, la prescription ne peut être invoquée.

161. 10° Tous ces principes s'appliquent à la largeur d'une place ou d'une rue.

162. On ne peut aggraver la servitude naturelle où est la rue de recevoir les eaux ménagères et pluviales.

163. Tout ce qui a été dit aux nos 156 et suivans n'est applicable qu'autant que la chose publique conserve sa destination. Si elle la perd, elle rentre dans le domaine privé et devient prescriptible.

A quels indices reconnaît-on qu'une chose cesse d'être publique? Dissentiment avec M. Isambert, avec M. Vazeille et avec M. Garnier.

164. 11° Les promenades publiques sont du domaine public municipal. Il faut leur appliquer tout ce qui a été dit depuis les nos 156 et suivans.

165. Peut-on les grever de servitudes pendant qu'elles restent promenades?

166. Suite.

167. De la possession ancienne appuyée de titres anciens. Elle équivaut à la représentation d'un titre.

168. 12° Une fontaine communale est-elle imprescriptible?

Premier cas, où l'on suppose qu'une concession a été faite, par l'autorité compétente, à perpétuité.

Deuxième cas, où l'on suppose qu'il y a eu possession d'une partie des eaux sans concession expresse, mais distinctions.

1° Lorsqu'il y a un réglement général pour la conservation d'une certaine partie des eaux et l'aliénation de l'autre; 2° lorsqu'il n'y a ni réglement général, ni concession.

Du concours de circonstances nécessaires pour qu'une eau publique cesse d'être telle.

169. 13° Des monumens publics servant à l'embellissement des villes, et conservés comme objets d'art. Ils sont imprescriptibles.

170. 14° Des édifices destinés au culte religieux. Ils sont dans le domaine public.

171. Lorsqu'une église est démolie, ou qu'elle a été enlevée à sa destination, elle devient prescriptible.

172. Les vases sacrés, les ornemens et autres accessoires du culte sont-ils imprescriptibles? Dissentiment avec d'Argentré.

173. Peut-on, par la prescription, grever d'une servitude une

église consacrée au culte.

174. 15° De l'imprescriptibilité des portes, murs, fossés, remparts des places de guerre.

Quid quand elles changent de destination? A quelles circonstances reconnaît-on le changement de destination? Dissentiment avec MM. Garnier et Vazeille. Préférence accordée à un arrêt de la cour de cassation.

175. Fin de l'énumération des choses hors du commerce, soit par leur nature, soit par une destination légale.

Un particulier peut-il, par sa volonté, placer une chose hors du commerce? Des biens substitués.

176. § 3. Autre question d'imprescriptibilité dérivant de causes étrangères à l'art. 2226. On ne peut pas prescrire contre son titre. Renvoi.

177. On ne peut pas acquérir par la prescription certaines servitudes, quoiqu'on puisse les acquérir par titre. Renvoi.

178. Autre renvoi, pour la question de savoir si l'on peut acquérir par prescription un droit d'usage.

179. On ne peut acquérir par prescription une rente foncière.

180. Les droits corrélatifs ne sont pas imprescriptibles, comme quelques auteurs l'ont voulu.

181. Renvoi pour la question de savoir si les choses tenues entre associés sont imprescriptibles.

182. Une rente qui ne dépend pas d'un capital déterminé peut-elle s'éteindre par prescription? Erreur de la cour de Metz.

COMMENTAIRE.

108. L'article 2226 ouvre la matière des choses susceptibles de prescription ; mais il n'en aborde qu'un côté ; il n'a pas pour but de passer en revue tous les droits contre lesquels la prescription est impuissante. Il pose un de ces principes généraux derrière lesquels le législateur aime à se retrancher pour éviter les détails, mais qui sont pour l'interprète un champ infini à parcourir : principes que les codificateurs affectionnent à cause de leur commode brièveté, et que les commentateurs redoutent à cause de leur élasticité et des intarissables applications qu'ils comportent. L'article 2226 décide donc que, puisque la prescription

est une aliénation, on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce. Cela dit, il s'arrête, s'en référant, pour le surplus, aux règles disséminées dans le Code civil. Il aurait pu ajouter cependant, sans revenir sur lui-même, que, même parmi les choses qui sont dans le commerce, il y en a que la prescription ne peut atteindre, comme, par exemple, certaines servitudes : ce qui fait mentir la règle : *alienabile, ergo præscriptibile*. Mais le législateur ne doit pas tout expliquer, tout épuiser. C'est au commentateur à développer et à compléter son langage laconique. Aussi dirai-je avec d'Argentré : *Nos sparsam materiam in sua capita colligemus, ut quidpiam ad usum comparari possit et usurpari foro et res agentibus* (1).

109. Il y a des choses qui sont imprescriptibles par elles-mêmes; il y en a d'autres qui ne le sont qu'à raison de leur destination; il y en a enfin qui ne le sont qu'à raison des personnes qui les possèdent.

Les choses imprescriptibles par elles-mêmes sont celles qui, par leur destination naturelle, appartiennent à tout le monde et échappent à l'appropriation privée, comme l'air, les rivières, la mer, la liberté de l'homme, etc. (2), ou bien encore celles qu'une disposition de la loi soustrait, par des raisons particulières, à l'action de la prescription, comme certaines servitudes.

Les choses imprescriptibles à raison de leur destination sont celles qui, par elles-mêmes, ne sont point incompatibles avec l'appropriation privée, mais qui,

---

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 25, p. 1139, n° 1. M. Vazeille n'a pas suivi d'ordre dans son classement; il place l'action en réclamation d'état entre le duel et l'alluvion des lacs. En employant plus de matériaux, j'ai cherché à avoir plus de méthode.

(2) Art. 714, C. civ. Caïus, l. 9, D. *de Usucap.*

par une destination accidentelle, ont été retirées du commerce et affectées à un usage public. On peut donner pour exemple les chemins et les routes, les ports, les hâvres, les rades, les remparts, murs, fossés et portes des places de guerre (1). Tant que ces choses conservent leur affectation à ce service public, elles restent imprescriptibles; mais, comme leur destination n'est pas perpétuelle, qu'elle n'est qu'artificielle et factice, le fait de l'homme qui l'a créée peut aussi la détruire. Une place de guerre peut être abandonnée ou détruite; un chemin peut changer de place et être reporté ailleurs; une rade peut être comblée. Quand le but d'utilité publique attaché à ces choses leur est enlevé, elles deviennent choses privées; elles rentrent dans le commerce, et, d'après l'article 541 du Code civil, elles sont susceptibles d'aliénation et de prescription; la jurisprudence a plusieurs fois fait l'application de cette règle (2).

Enfin, les choses non prescriptibles à raison des personnes qui les possèdent sont celles qui appartiennent à des personnes privilégiées, contre lesquelles ne court pas la prescription. Nous nous en occuperons en commentant les articles 2251 et suivans du Code civil. Dans ce cas, il y a moins imprescriptibilité que suspension momentanée de la prescription. Quand le privilége cesse et que la personne rentre dans le droit commun, la prescription reprend son cours et son action.

L'objet du commentaire de l'article 2226 sera principalement de passer en revue les choses reconnues imprescriptibles, parce que leur nature ou leur destination les place hors du commerce. J'ajouterai en-

(1) Art. 538 et 540, C. civ.

(2) Rouen, 11 février 1825 (Dall., 26, 2, 1). Montpellier, 21 déc. 1827 (Dall., 28, 1, 57). *Junge* Dunod, *Prescript.*, p. 74.

suite un paragraphe épisodique qui traitera des choses qui, quoique étant dans le commerce, sont cependant imprescriptibles : je ne ferai une courte excursion sur ce sujet qu'à cause de la connexité de ce point de droit avec les principaux développemens que comporte l'article 2226.

110. 1° Les droits naturels et inhérens à l'organisation de l'homme sont imprescriptibles (1).

L'homme est libre : la liberté est l'attribut le plus glorieux de sa nature ; il ne peut donc l'engager et laisser prescrire contre elle. Les Romains eux-mêmes reconnurent ce privilége de l'homme, tout en le forçant à plier sous le joug de leurs institutions politiques. Ulpien a écrit que, par le droit naturel, *tous les hommes naissent libres* (2) : c'était flétrir l'esclavage que le droit civil consacrait.

111. Il ne faut cependant pas donner à cette vérité une portée exagérée. Par le droit naturel lui-même, la liberté n'est pas absolue ; elle est soumise à des limites, ne fût-ce que l'obligation de respecter chez les autres la liberté qui est en eux comme en nous. Si donc il n'est jamais permis de l'abdiquer tout-à-fait et à toujours, du moins on peut la restreindre pour des intérêts publics ou privés, et lui imposer des règles qui en gênent le développement. Ces limites n'ont rien de contraire à la nature, puisque la nature ne connaît pas de droit absolu ; ni à l'ordre public, puisqu'elles n'enlèvent à la liberté que cette portion surabondante qui permet d'établir entre les hommes un

---

(1) Je cite avec plaisir ces belles paroles du pape Grégoire IX (1229): *Nemo sanæ mentis intelligit* JURI NATURALI, *quâcumque consuetudine (quæ dicenda est veriùs in hac parte corruptela), posse aliquatenùs derogari* (*Décret.* Grégor., lib. 1, t. 4, *de Consuet.*, cap. 11).

(2) L. 4, D. *de Justitiâ et jure*. *Quum* JURE NATURALI *omnes liberi nascerentur, quum servitus esset incognita.*

heureux échange de rapports et de services. De là les contrats et obligations, qui, en imposant à l'homme des devoirs conventionnels, et en subordonnant sa liberté à certains engagemens, resserrent le lien de la société et activent dans tous les sens le mouvement de la civilisation. Tout ce que la loi demande à l'homme dans ces conventions qu'elle sanctionne, c'est qu'elles ne dépassent pas les bornes de ce qui est licite et honnête; c'est qu'elles se contentent de limiter la liberté, et qu'elles ne l'abolissent pas; c'est qu'elles soumettent l'homme à des obligations, et non à des actes de despotisme et de tyrannie (1). En ce sens, il est certain que la prescription peut apporter des entraves à la liberté.

Cependant il ne faudrait pas croire que l'action de la prescription fût complètement impuissante pour empêcher d'ébranler une position qui ne serait qu'une renonciation à la liberté individuelle ou à tout autre attribut fondamental de l'humanité. Sans doute, si un contrat m'imposait l'obligation d'entrer en servitude, ou de remplir des services féodaux abolis pour toujours, il n'y aurait pas de prescription qui pût couvrir cette aliénation d'un droit qui n'est pas dans le commerce. Mais, souvent par voie de déchéance, il y a des atteintes aux droits imprescriptibles de l'homme qui demeurent inattaquables; par exemple, un jugement a pu légèrement prononcer l'interdiction d'un individu, c'est-à-dire, le déclarer privé de l'intelligence, de cette faculté sublime qui lui assigne le premier rang dans la création. Si cependant il lui plaît

(1) Ainsi, la convention qui obligerait un homme à ne pas se marier, à ne pas embrasser tel état, etc., serait contraire à la liberté, et nulle par conséquent. *Voy.* ce qu'ont écrit à ce sujet MM. Toullier (t. 6, nos 181, 183, 184 et suiv.) et Duranton (t. 10, p. 318, 319 et suiv.).

de laisser écouler les délais pour se pourvoir par la voie de l'appel ou par tout autre moyen légal, l'interdiction devra sortir son effet, et il n'y aura pas moyen de revenir contre une mesure (1) qui enlève à un citoyen son indépendance personnelle et l'exercice de ses droits. Ici, la déchéance agit par une voie *oblique*; elle prend son point de départ dans un acte de l'autorité, qui porte avec lui une présomption de vérité et de légalité; elle refuse de croire à une violation du droit qui n'est pas apparente par elle-même, et qui ne pourrait être mise en lumière que par des preuves désormais tardives et non-recevables.

112. Le même respect dont la liberté de l'homme doit être environnée s'étend aux facultés, aux *droits facultatifs*, dont l'homme est revêtu, et qui sont aussi inviolables que la liberté même qui les met en action : c'est pour cela que la jurisprudence enseigne que les facultés sont imprescriptibles (2).

Ce mot de *faculté*, qui a, dans la langue, des acceptions diverses, doit être défini. D'Argentré gourmandait les écrivains scolastiques de l'obscurité et de la confusion qu'ils avaient répandues sur ce point de droit (3). Voici ce qu'il proposait pour terminer leurs interminables querelles : *Hîc aspergenda aqua pugnantibus, æternùm alioqui certaturis*. Le mieux eût été de substituer une bonne définition aux divagations

(1) Si ce n'est dans le cas de l'art. 512 du C. civ., en faisant déclarer que les *causes de l'interdiction ont cessé*.

(2) Sur ce sujet, *voy*. d'Argentré, sur Bretagne, art. 266, ch. 8, nº 5, et consultation 2e, p. 2419. Dunod, p. 86 et suiv., suit d'Argentré pas à pas. Despeisses, p. 447, vol. 1. Pothier, *Vente*, nº 392. *Répert*. de M. Merlin, vº *Droits facultatifs*. M. Vazeille, t. 1, nºs 104 et suiv.

(3) *Alias complures ejusmodi theorias, incertas proindè et vagas, et quas suo marte quisquis finxit, alius revellit* (sur Bretagne, *loc. cit.*, p. 1087).

de leur esprit subtil. D'Argentrée l'avait senti, et il a fait de louables efforts pour y réussir : il cite Festus (1) et l'Évangile (2), Suétone (3) et les théologiens (4); mais il y a encore trop de vague dans ses doctrines pour qu'on puisse se borner aujourd'hui à s'en rendre l'écho.

L'homme a été investi, dans l'ordre moral, de certains attributs pour réaliser sa fin : tels sont la mémoire, l'intelligence, le raisonnement, etc.; c'est ce qu'en philosophie on appelle des facultés; c'est une espèce de pouvoir exécutif soumis au gouvernement de la volonté, qui s'en empare et les dirige (5).

De même, dans l'ordre civil, l'homme a reçu de la nature ou de la loi des facultés qui sont pour lui autant de moyens pour parvenir à sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire : pouvoir transporter son domicile d'un lieu à un autre, pouvoir puiser de l'eau à une fontaine; pouvoir se marier, disposer de ses biens comme on l'entend, par donation, testament, etc.; pouvoir s'obliger par contrat, etc. : ce sont là autant de facultés communes à tous les hommes, et constituant leur capacité civile : c'est une puissance, une vertu, que chaque individu peut mettre en action, suivant que sa volonté a décidé qu'il était ou non opportun de s'en servir, et c'est par l'emploi de cette puissance, de cette vertu, qu'il réa-

---

(1) *Facultatem Festus definit, facilitatem rerum agendarum.*

(2) *Et illa in Évangelio patrisfamilias, quum ait : « An mihi non licet de meo facere quod volo? »*

(3) Il emprunte à cet auteur le mot de cette femme : *quæ quum fortè femur coràm imperatore Caracallâ nudasset, dixit ille : « Vellem si liceret; » respondit illa : « Licet si lubet. »*

(4) *Hæc facultatis vis verbo latino, lubet, describitur, quæ libertas est arbitrii, quam theologi defendunt, cui electio permittitur rerum expetendarum aut fugiendarum; quæ verbo, licet, restringitur.*

(5) *Cours de droit naturel* de M. Th. Jouffroy, p. 71 et suiv.

lise sa fin dans la position civile qu'il occupe. Les facultés sont, si je puis parler ainsi, le droit en disponibilité. Quand elles sont éveillées par le besoin et mises en mouvement par la volonté, elles engendrent des faits, et ces faits constituent le droit dans son actualité. Soit qu'ils blessent ou non les intérêts des tiers, ils tombent sous l'œil de la loi civile, qui examine s'ils doivent être maintenus ou annulés, et règle leur étendue, leur portée, leur durée. Mais remarquez bien une chose, c'est que, si le fait créé est périssable, la faculté créatrice ne l'est pas, tant que l'homme reste ce qu'il est. Je peux faire un mauvais emploi de ma capacité et de mes facultés, en passant un contrat vicieux; mais, ce contrat annulé, ma faculté de contracter suivant les lois n'en est pas ébranlée; elle survit à l'acte, et reste en disponibilité pour une meilleure occasion.

Ces considérations expliquent pourquoi les facultés sont imprescriptibles, tandis que les faits juridiques tombés dans le commerce des hommes peuvent être anéantis par le laps de temps; et il faut reconnaître le bon sens instinctif de beaucoup d'anciens jurisconsultes, qui, quoique n'ayant pas tous su se rendre compte philosophiquement de cette différence capitale, l'ont pour ainsi dire devinée par intuition, et ont fini, après quelques écarts, par la faire régulièrement passer dans la pratique. Les facultés constituent la capacité civile de l'homme; or, cette capacité ne relève que de lui seul. Nul que lui n'a de prise sur elle; nul ne peut en ébrancher les rameaux et en couper les racines. Il y a plus, c'est que lui-même il ne pourrait pas l'abdiquer, l'aliéner, l'enchaîner d'avance. Comment donc un tiers arriverait-il à un assez haut degré de puissance pour la frapper d'interdiction? Je la comparerai à un arbre dont on

pourrait cueillir les fruits sans avoir la permission d'en couper les branches ou le tronc. Que les actes engendrés des facultés soient atteints par la prescription, rien de plus juste, puisqu'ils mettent en jeu les intérêts des tiers, qu'ils engagent les autres ou réagissent sur eux; mais les facultés qui les ont produits résident dans une région plus élevée; elles s'identifient avec la capacité de l'homme; elles sont inamissibles comme sa liberté même.

Insistons un moment encore sur cette vérité. Pour perdre un droit par la prescription, il faut ou qu'un autre le possède à la place du propriétaire (comme quand nous laissons cultiver et détenir pendant trente ans le champ qui nous appartient), ou bien que nous négligions, pendant le temps voulu pour prescrire, d'exercer ce droit contre celui qui est astreint envers nous à le subir. Mais, sous le premier rapport, comment pourrait-on posséder la faculté d'autrui? est-ce qu'une faculté est susceptible de possession? Quand vous seriez allé pendant trente ans puiser de l'eau à la fontaine communale, tandis que j'aurais laissé écouler ce temps sans y mettre les pieds, vous n'auriez rien fait pour m'enlever ma faculté; car ce n'est pas à ma place, ce n'est pas en vous substituant à moi, que vous avez joui des eaux communes : c'est en vertu de la faculté qui vous est personnelle d'en user comme j'aurais pu le faire, faculté qui appartient à tous, et que vous avez prise dans le domaine commun!!! Qu'importe donc votre possession? Comment peut-elle m'être préjudiciable (1)? Il en est de même de toutes les autres facultés; on peut les passer en revue. Changez de domicile aussi souvent que vous voudrez; contractez, testez, disposez ainsi que vous l'entendrez!

(1) Voy. *infrà*, nº 131, un arrêt de la cour de cassat. rendu en ce sens.

Que me font, à moi, tous ces actes auxquels vous vous livrez pour parvenir à votre fin : mes facultés n'en restent pas moins pleines et entières, quoique je ne les aie pas exercées pendant tout le temps de cette grande activité de votre part. Comme vous, je les emprunte au domaine commun, à la loi qui statue également pour nous tous, et règle l'état de chacun d'une manière uniforme : c'est là un fonds commun qui ne s'épuise pas par cela seul qu'un ou plusieurs en auront retiré leur lot.

Sous le second rapport, le défaut d'exercice de la faculté est parfaitement insignifiant. En effet, pour qu'il fût pris en considération, il faudrait qu'il contînt une présomption raisonnable d'abandon du droit négligé; mais précisément une faculté a cela de propre que son exercice est tout-à-fait subordonné aux éventualités de la vie et aux nécessités du moment. C'est une réserve placée tout exprès à la disposition de l'homme pour les besoins imprévus qui peuvent se présenter à lui. Je peux n'avoir pas besoin des fontaines publiques, parce que j'ai de l'eau dans mon fonds; mais, au bout de cinquante ans, ma source tarit : voilà ma position changée. Heureusement le remède est à côté du mal, la faculté à côté du besoin, et je profiterai du droit que j'ai, comme habitant, d'aller puiser de l'eau à la fontaine. — Autre exemple : J'ai un terrain vide, que j'ai trouvé bon de cultiver jusqu'à ce jour; mais tout à coup je veux faire bâtir, car un incendie a brûlé ma maison. Assurément je n'ai pas pu perdre le droit de construire parce que je n'ai pas construit pendant trente ans (1); en effet, si je n'ai pas élevé de maison sur mon emplacement, ce n'est pas parce que j'ai voulu ménager une

(1) Dupod, p. 87.

belle vue à mon voisin et renoncer à mon droit à son profit : c'est que tout simplement je n'avais pas besoin de bâtir. Or, puisque les facultés ont été données à l'homme pour qu'il puisse s'en servir suivant ses besoins, ne serait-il pas absurde de les lui enlever, parce que, ce besoin n'étant pas né, il n'a pas eu à en faire usage? Dans l'ordre juridique, les facultés sont les droits qu'on peut laisser sommeiller jusqu'à ce que la nécessité les éveille. Ce sont ceux que chaque homme tient en réserve pour utiliser un avenir qu'il ne connaît pas, et satisfaire, plus tôt ou plus tard, des besoins contingens qu'il ne lui est pas donné de prévoir. Et pourquoi cette intermittence possible dans l'emploi des facultés, tandis que les droits actuels, posés et formulés, doivent toujours veiller pour se conserver? C'est que les facultés nous viennent de la nature ou de la loi, qui nous les ont données pour nous suffire à nous-mêmes dans toutes les vicissitudes de notre carrière, pour faire face aux accidens divers qui remplissent ce drame; tandis que les droits réalisés et mis en action nous viennent de notre volonté et de nos conventions; que nous les avons stipulés pour telle circonstance donnée, pour tel avantage prévu et défini que nous voulions nous procurer; qu'ainsi, en ne profitant pas de cet avantage pendant le temps de la prescription, nous sommes censés l'avoir abandonné.

Enfin, pour terminer ce parallèle entre les facultés et les droits formés et particularisés, nous ferons remarquer que les facultés ne sont pas escortées d'une action pour parvenir à se réaliser; elles se traduisent en pur fait; elles se manifestent par un simple acte, qui ne repose pas sur l'assujétissement antérieur d'un tiers. Il est, en effet, de l'essence de nos facultés d'agir exclusivement sur nous-mêmes et sur les choses

qui sont à notre disposition, et non contre un tiers obligé précédemment. Si je veux user de la faculté de tester, je n'ai pas besoin d'un moyen coercitif contre un tiers pour y parvenir; j'agis, je teste, et ce seul fait suffit pour que ma faculté soit satisfaite. Si je veux contracter, je me concerte avec un tiers aussi libre que moi de faire ou de ne pas faire une convention; mais je n'ai d'action contre lui qu'après le contrat, et pas avant. Si je veux transformer mon pré en champ (1), fouiller dans ma propriété, en retenir les eaux (2), ouvrir des jours dans mon mur (3), clore mon champ (4), bâtir sur mon site vide, ai-je besoin d'intenter une action en justice? Non. Je traduis ma faculté d'agir en fait, je travaille sur ma chose propre, et voilà ma faculté en exercice. C'est pour exprimer cette pensée que les docteurs ont dit laconiquement que la faculté est de fait et non de droit, *facti non juris*, c'est-à-dire qu'elle ne *suppose pas un droit ni une action propre et particulière qui préexistent* (5); d'où il suit que, n'y ayant pas lieu à action, il n'y a pas possibilité d'une prescription (6). Au contraire, quand un droit est formé et particularisé, les intérêts d'un ou de plusieurs tiers se trouvant engagés, il faut une action en justice pour lui servir de sanction. Or, là où il y a lieu à action, il y a également lieu à la prescription, à moins qu'une loi spéciale ne la défende.

Ainsi donc, les simples facultés sont et doivent être

---

(1) *Infrà*, no 118.
(2) *Infrà*, no 114.
(3) *Infrà*, no 117.
(4) *Infrà*, no 118.
(5) Dunod, p. 89.
(6) Voy. *infrà*, nos 119, 120 et 121, l'application et la confirmation de ceci.

imprescriptibles, et l'on peut répéter ici le mot fameux dit par M. Royer-Collard, à propos d'intérêts plus relevés que ceux dont nous nous occupons ici : *C'est plus qu'un droit, c'est une faculté.* En effet, une faculté ne se prescrit pas, et un droit sorti de l'état facultatif pour entrer dans le domaine de l'actualité périt sous l'influence de la prescription.

113. Mais, de même que nous avons vu au numéro 111 que la liberté peut, sinon être totalement supprimée par la prescription, du moins limitée au moyen d'obligations imposées à la personne; de même les facultés peuvent, dans certaines circonstances, éprouver des restrictions par l'effet de la prescription, et perdre quelque chose de leur plénitude, lorsqu'elles s'exercent sur des droits susceptibles de démembrement et d'aliénation. Voici comment ceci a lieu : Par exemple, un individu est propriétaire d'un site à bâtir; comme nous l'avons vu au numéro précédent, il peut se dispenser d'édifier sur ce sol pendant trente ans, sans perdre le droit de construire ensuite, et le propriétaire voisin n'aura pas le droit de s'y opposer. Mais supposons que ce dernier lui fasse défense d'élever un bâtiment qui le gênerait, et que l'autre reste trente ans sur cette défense sans y résister par des actes contraires : celui-ci sera censé avoir accepté la défense, y avoir acquiescé, et son inaction pendant le temps voulu pour prescrire équivaudra à un consentement formel. « Les choses qui consistent en pure faculté, « dit Despeisses, peuvent être prescrites lorsqu'il y « a eu prohibition de les faire, et que, déférant à « cette prohibition, on ne s'est pas servi de la faculté « durant trente ans (1). » N'est-il pas vrai, en effet,

(1) P. 447, col. 1. *Junge* Dunod, p. 90. M. Pardessus, *Servitudes*, p. 467.

que le propriétaire du sol pourrait, par convention, s'interdire la faculté de bâtir sur son fonds, quoiqu'il reste propriétaire et maître de son fonds? N'est-il pas vrai qu'il peut le grever de cette servitude au profit d'un autre, et faire sortir de ses mains cette partie du domaine plein et entier? Eh bien! ce que la volonté peut faire expressément, elle peut l'opérer d'une manière tacite; et il y a présomption certaine d'aliénation lorsqu'un tiers intéressé venant dire: *J'entends que vous laissiez notre emplacement vide*, vous gardez le silence et restez dans une inaction conforme à cette injonction.

Il n'est pas même nécessaire que la contradiction émanée du tiers intéressé soit verbale ou écrite; il suffit qu'elle résulte d'un fait manifeste et flagrant, de nature à suppléer à la parole. Ainsi, par exemple, un ouvrage extérieur construit sur le fonds où jaillit une source, afin de conduire les eaux dans le fonds inférieur, contient une déclaration suffisante que l'auteur de ce travail entend s'attribuer un droit sur la source, et priver le propriétaire de la faculté d'en retenir les eaux (1). Il y a là une protestation muette, plus énergique peut-être que si elle était expresse; car l'ouvrage demeure debout, comme un signe de contradiction de tous les jours et de tous les instans.

114. Nous allons maintenant montrer l'application de cette théorie dans quelques-unes des difficultés que la pratique lui a fait rencontrer.

Un individu a une source dans son fonds. Il ne s'en est pas servi pendant trente ans, parce qu'il n'avait pas intérêt à l'utiliser, et durant ce temps les eaux, livrées à leurs cours naturel, ont coulé sur la propriété du voisin, qui s'en est servi pour ses besoins.

(1) Paul, L. 2, § 3, 4, 5, D. *de Aquâ pluv. arcend.*

Mais bientôt le propriétaire de la source, voulant construire un moulin, ou transformer son terrain inculte en jardin, arrête les eaux et en prive l'héritage inférieur. La jouissance que le voisin aura eue pendant trente ans sera-t-elle un motif pour qu'il oppose au propriétaire de la source qu'il a perdu la faculté de la retenir?

Cette question a été résolue par presque tous les auteurs dans le sens des articles 641 et 642 du Code civil (1). Sans doute, le propriétaire inférieur peut acquérir, par prescription, la jouissance des eaux du fonds supérieur; mais cette prescription ne s'obtient que par une possession de trente ans, soutenue de travaux apparens, destinés à faciliter la chute de l'eau sur son héritage.

Le doute pourrait venir cependant de ce que le non usage de la source par le propriétaire du fonds supérieur a mis en jeu et engagé l'intérêt d'un tiers, et que cet intérêt ayant été consolidé par une jouissance trentenaire, a droit à être respecté. Mais il faut répondre que, tant que cette jouissance ne s'est pas appuyée sur des travaux apparens de nature à éveiller l'attention du propriétaire, et à lui montrer une volonté bien déterminée à limiter son droit, il a pu se reposer sur la faculté qu'a tout propriétaire d'user de sa chose à son bon plaisir. Il est vrai que cet usage occasione un préjudice au fonds voisin; mais il ne lui fait pas d'injustice : *Nemo injuriam dat qui jure suo utitur*. Suivant le droit naturel, cha-

(1) Henrys, quest. 189, t. 2, p. 999, et Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.* Cepolla, *Tract.* 2, ch. 4, n° 61. Dumoulin, *sur les Conseils d'Alexandre*, *Conseil* 69. Dunod, p. 88. L. *Præses*, C. *de Servitutibus et aquâ*. L. Ulpien, 1, § 12, D. *de Aquâ et aquæ pluviæ arcend.* *Junge* M. Vazeille, t. 2, n° 57. M. Garnier, *des Eaux*, part. 2, p. 26.

tun peut et doit disposer à sa volonté de ce qui lui appartient; tout ce qui est défendu, c'est de nuire à autrui, en violant des droits acquis. Mais comment pourrait-il y avoir de lésion là où il n'y a pas de droit?

115. C'est par les mêmes raisons que les lois romaines ont donné la règle suivante :

Si je coupe les veines du puits que vous avez dans votre maison, quelque commode qu'il soit pour votre ménage, vous n'êtes pas reçu à vous plaindre du désagrément que vous éprouvez par le dessèchement de ce réservoir : *In domo meâ puteum aperio, quo aperto venæ putei tui percisæ sunt; an tenear? Ait Trebatius non teneri me damni infecti; neque enim existimavi operis mei vitio damnum tibi dari in eâ re in quâ jure meo usus sum* (1). Quelle en est la raison? C'est que, comme propriétaire, j'ai la faculté de fouiller mon fonds et d'en tirer tout le parti possible, à moins que vous n'ayez acquis, par quelque servitude qui me grève, le droit de limiter cette faculté. Il est vrai que j'ai laissé dormir cette faculté pendant trente ans; mais je n'avais pas d'intérêt à en user; je me contentais de l'état de ma propriété telle qu'elle était. Est-ce que vous pouvez me faire un reproche de n'avoir pas rendu ma condition meilleure? Où est, après tout, le principe de votre prétention? Dans l'utilité que vous retiriez de votre puits? Mais, puisque je suis propriétaire à votre égard, puisque j'ai les mêmes facultés que vous, et que vous n'avez pas sur moi un droit de servitude, ne puis-je pas aussi retirer de mon fonds une utilité pareille, et profiter de l'avantage naturel que j'ai d'avoir la source dans mon héritage?

---

(1) L. 24, § 12, D. *de Damno infecto*. Ulpien. *Junge* Pomponius, l. 21, D. *de Aquâ pluv. arcend.* Dunod, p. 87.

Cette source n'appartient plus qu'à vous, puisque vous ne pouvez l'avoir qu'à mon défaut, eh bien! je ne vous fais pas tort en me servant de ce qui est à moi; en vous privant de ce qui n'est pas à vous, j'use d'une faculté; je la prends au moment où elle m'est nécessaire. Vous n'avez pas prescrit contre elle : *Nemo ullâ actione cogi possit ut vicino prosit, sed ne noceat* (1).

116. Observez cependant qu'il y a certains travaux qu'on ne peut faire sur son fonds qu'en se conformant à des réglemens locaux, pour ne pas nuire à la propriété du voisin : l'article 674 du Code civil les énumère : par exemple, un propriétaire, quoique ayant la faculté de fouiller son terrain, ne peut toutefois le faire qu'à une certaine distance du mur mitoyen appartenant ou non au voisin (2); la loi intervient ici pour forcer deux intérêts rivaux et également absolus, à composer, le bon voisinage le voulant ainsi.

117. Nous placerons encore dans le nombre des facultés contre lesquelles il n'y a pas de prescription celle de dessécher son héritage, ou de le préserver, par des travaux, des inondations d'un fleuve ou de la mer, quand même ce surcroît d'eau aurait donné au voisin les moyens de faire sur son fonds quelque établissement utile, pourvu qu'il n'eût pas opéré une prise d'eau conforme à l'article 642 du Code civil; d'ouvrir des jours sur le fonds voisin, avec les précautions exigées par les articles 676 et suivans du Code civil (3), et cela, quand même le voisin trouverait plus avantageux pour lui de ne pas voir le mur percé

(1) Paul, l. 2, § 5, *de Aquâ et aquæ pluv. arcend.*
(2) *Junge* Ulpien, l. 24, § 12, *de Damno infecto. Voy.* aussi *Répert.*, v° *Cloaque.*
(3) M. Pardessus, p. 71.

d'ouvertures qui lui donnent un aspect désagréable, de laisser chômer un moulin et de le faire travailler ensuite, etc., etc.

118. La faculté de se clore est du même genre (1); il a même été jugé, sous l'empire du Code rural du 6 octobre 1791, et en vertu des articles 4, 5, 7 de la section 4 de cette loi, qu'un propriétaire dont les terres ont été livrées à la vaine pâture, par suite d'une possession immémoriale, a le droit de se clore et de cultiver son héritage, ainsi qu'il l'entend; car, dit l'article 4 précité : *Le droit de clore ou déclore son héritage résulte essentiellement du droit de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire*; et l'article 6 : *Les droits de parcours et de vaine pâture ne peuvent*, EN AUCUN CAS, *empêcher le propriétaire de clore son héritage*. En effet, la vaine pâture n'est que de tolérance, tant qu'elle n'est pas fondée sur des titres formels de concession (2).

Sous l'empire des anciennes coutumes, il y avait beaucoup de provinces où le même droit était suivi : nous y reviendrons, en commentant l'article 2232 du Code civil.

119. Le droit de borner sa propriété touche de près celui de la clore (3); tous les auteurs le placent parmi les facultés proprement dites, et comme n'étant pas soumis à la prescription (4).

Cependant, ne peut-on pas dire, pour lui enlever ce caractère, que le droit qu'a un propriétaire de placer des bornes sur les confins de sa propriété ne se résout pas en un simple fait, comme les facultés véri-

(1) Art. 647, C. civ.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 25 floréal an 13 (*Répert.* de M. Merlin, v° *Vaine pâture*, p. 444).

(3) Art. 646, C. civ.

(4) Dunod, p. 98. M. Vazeille, t. 1, n° 106, p. 116.

bles, et qu'il donne lieu à une action contre le propriétaire limitrophe (1)?

Quelque spécieuse que soit cette objection, il faut néanmoins persister à dire que le droit de se borner est une faculté. Le bornage, en effet, ne s'exerce que sur soi-même, et nullement sur autrui; il ne résulte pas d'une obligation, d'une servitude (2), d'une charge, dont on demande au voisin l'exécution; c'est, si je puis parler ainsi, un acte d'intérieur, c'est-à-dire un fait qui ne dépasse pas les limites de son chez soi. Si l'on met en cause le voisin, ce n'est que pour rendre l'opération contradictoire; c'est pour qu'il soit bien entendu qu'on ne prend rien sur son fonds; c'est pour lui donner la garantie qu'on ne cherche pas à s'agrandir à ses dépens: mais on n'a pas la prétention d'exiger de lui l'accomplissement d'un devoir. On le somme plutôt de venir veiller à ses droits. Du reste, faites abstraction pour un moment de ces ménagemens, dictés par les lois d'un bon voisinage: qui empêchera un propriétaire de placer une borne à l'extrémité de son champ, quoiqu'il soit resté sans limites depuis plus de cent ans? qui pourra critiquer l'exercice de ce droit, tant qu'il se renfermera dans les contenances que lui donnent ses titres, sa possession et celle du voisin? et, s'il demande ensuite à ce voisin de vérifier et de rectifier cette opération, quel intérêt ce dernier aura-t-il à s'y opposer? Cette vérification n'est-elle pas dans l'intérêt de tous? ne s'agit-il pas de protéger la propriété contre des dangers d'empiétement ou d'usurpation? Disons donc que le bornage ne sort pas des termes d'une faculté simple, et qu'il est imprescriptible.

---

(1) *Suprà*, n° 112.

(2) On ne peut trop réprouver la confusion dans laquelle est tombé le législateur qui s'en occupe, au titre des *Servitudes*.

Mais, quand il s'agit de faire plus qu'un abor-ment de propriétés connues, et qu'ignorant le li[eu] précis où les bornes doivent être plantées, il s'él[ève] une question pétitoire qui peut engager le droit d'au-trui, la prescription peut être invoquée, aussi bi[en] que les titres, pour faire connaître la fin de l'héri-tage (1); ce n'est plus seulement un affaire de bor-nage, c'est encore une question de propriété et un[e] action en revendication.

Il y a plus, lors même que des bornes ont été plan-tées antérieurement, on peut, par la prescription, acquérir au-delà de l'espace qu'elles enferment; mais pour cela il faut que la possession ne contienne aucun vice. Quand nous commenterons l'article 2232 du Code civil, nous examinerons à ce sujet une difficulté controversée entre les auteurs, et qui consiste à sa-voir si l'on peut prescrire le terrain nécessaire au tour de charrue.

120. Le droit de sortir de l'indivision est aussi une faculté qui ne se prescrit pas (2). Si l'on objectait que le droit de partage se résout en une action, je ré-pondrais par les raisons que j'ai déduites au numéro précédent, et qui sont parfaitement applicables.

121. Mais voici une espèce qui présente plus de difficulté. Elle s'est présentée devant la cour de Bor-deaux; elle mérite d'être rappelée, parce qu'elle sera l'occasion de quelques réflexions importantes.

La loi du 15 = 28 mars 1790, en supprimant les droits féodaux, a attribué aux communes et aux par-ticuliers propriétaires de halles le droit de se con-

(1) L. 3, 5, 6, C. *Finium regundor.* expliquées et conciliées. Dunod, p. 98. M. Vazeille, nº 106.

(2) [illegible], t. [illegible], p. [illegible], nos 7 et 22. M. Vazeille, t. 1, nº 107. *Voy.* l'art. 815, C. civ.

prendre mutuellement à louer, acheter ou vendre lesdites halles. En conséquence, le maire de Saint-Savin fait signifier aux époux Meynard un acte tendant à les faire expliquer sur leur intention de vendre ou louer une halle qu'ils possédaient dans cette commune, et qu'ils louaient, les jours de foire aux débitans et aux marchands. Des difficultés dont il est inutile de rendre compte s'élevèrent entre les parties; elles amenèrent un procès pour forcer les époux Meynard à vendre leur propriété. Ceux-ci opposèrent que la commune, n'ayant pas usé de son droit pendant trente ans, était censée y avoir renoncé; que la prescription était applicable, etc., etc.

On répondait que la loi de 1790 avait attribué aux communes une faculté légale qui, par sa nature, était imprescriptible: car, subordonnée aux besoins des communes, à des nécessités que les lois peuvent seules apprécier, elle peut demeurer oisive tant que ces besoins ne se manifestent pas.

Le tribunal de première instance rejeta, mais par d'autres motifs, le moyen de prescription. Il se fonda sur cette théorie, vicieuse de tous points, savoir, que les droits réciproques sont imprescriptibles.

Sur l'appel, la prescription fut encore écartée. Mais la cour de Bordeaux, présidée par l'un de nos plus profonds jurisconsultes, le savant M. Ravez, se garda bien de tomber dans l'erreur palpable des premiers juges; et, s'attachant au système plus plausible de la commune, elle décida qu'il s'agissait d'une simple faculté non prescriptible d'après le droit commun. Voici le considérant de son arrêt, en date du 30 avril 1830 (1):

« Attendu que le droit attribué aux communes et

---

(1) Dall., 30, 2, 227.

« aux propriétaires des halles de se contraindre mu-
« tuellement à les louer, ou vendre et acheter, éta-
« *purement facultatif*; que les droits de pure facul-
« sont imprescriptibles tant qu'ils n'ont pas été con-
« tredits. »

Malgré l'autorité dont les opinions de M. Rave
sont si justement environnées, j'avoue que j'ai de
doutes sur la légitimité de celle-ci, et je crois pou-
voir soutenir que l'on ne peut mettre dans la class
des droits purement facultatifs celui que la loi d
1790 a attribué aux communes.

Lorsque j'ai essayé de déterminer le caractère de
droits facultatifs, j'ai montré que l'un des traits le
plus remarquables de leur physionomie, c'est qu'ils se
traduisent en un pur fait, et jamais en une action ayant
pour objet de demander contre la personne ou la pro-
priété d'autrui l'exécution d'une obligation ou d'une
charge quelconque (1). On a vu qu'à vrai dire les fa-
cultés de se borner ou de sortir d'indivision ne sont
pas des exceptions à cette règle invariable (2). Je ren-
voie à ces explications et à ces principes, dont on ne
saurait s'écarter sous peine de s'égarer.

Mais qui ne voit que l'espèce jugée par la cour de
Bordeaux ouvre un horizon tout nouveau et un ordre
de faits tout différent? Quel est le droit attribué à la
commune? C'est de dépouiller un tiers de sa propriété,
moyennant indemnité, ou de le forcer à la louer. Or,
pour que ce droit se réalise, il faut qu'il se dirige
contre ce tiers, et qu'il le contraigne, par une action
coercitive, à abandonner son droit plein et entier sur
sa chose. Ce n'est plus un de ces droits qui se mani-

(1) *Suprà*, n° 112.

(2) *Suprà*, nos 119 et 120.

sistent par un pur fait, et qui précèdent l'obligation d'un tiers; droit qu'on est toujours maître d'exercer, parce que, n'atteignant que la personne elle-même, et n'agissant que dans le cercle de ce qu'elle possède, de ce qui lui appartient, de ce qu'elle tient sous sa main, un étranger n'est jamais fondé à se plaindre de son usage : ici, au contraire, le demandeur doit sortir du cercle de sa personnalité pure ou de sa propriété actuele; il faut qu'il saisisse la chose d'un tiers pour la grever, ou même pour la lui enlever. Or, je dis qu'il y a là plus qu'une faculté. Nous n'avons pas de faculté sur les autres; car la faculté n'opère que sur le moi; elle n'agit que sur soi-même ou sur sa propre chose. Contre des tiers nous n'avons que des droits formés et précisés, qui ont pour sanction des actions civiles; et ces actions n'ont vie que pendant trente ans par le droit commun, à moins qu'un intérêt public ne les rende imprescriptibles. Voilà quelle me paraît être la vérité.

Dira-t-on que les droits qui émanent directement de la loi sont des facultés imprescriptibles? Ce serait une erreur. Il y a une foule de droits que la loi attribue à un citoyen, et qui tombent néanmoins dans le domaine de la prescription. Par exemple, le retrait accordé aux ascendans, en vertu de l'art. 747 du Code civil, découle de la loi, et cependant il peut se prescrire comme tous les droits successifs quelconques. On pourrait citer d'autres exemples. La raison en est que ce qui fait qu'un droit est facultatif, ce n'est pas seulement son origine, c'est encore sa nature. Or, quand on a le droit d'évincer un tiers, et qu'au contraire on le laisse jouir sans trouble pendant trente ans; quand on a le droit de venir chez lui exercer une servitude, et qu'on lui permet de posséder sa propriété libre pendant trente ans, la possession de ce tiers est quel-

que chose de réel qui purge le droit d'autrui ; el exclut toute idée de faculté.

122. C'est avec plus de raison qu'on a dit que droit de laisser couler naturellement son eau sur fonds inférieur est une pure faculté. En effet, cet écoulement s'opère par un simple fait ; il est la conséquence perpétuelle et forcée de la situation des lieux. On pourrait même soutenir que c'est à tort que le Code civil a classé parmi les servitudes l'obligation du voisin de recevoir les eaux livrées à leur cours naturel. C'est à peu près comme s'il eût appelé de ce nom l'obligation de souffrir un orage, de subir les intempéries des saisons et les cas de force majeure. Là où il n'y a pas le fait de l'homme, on ne saurait voir le principe d'une action sujette à prescription.

On ne pourrait pas même excepter le cas où, depuis plus de trente ans, le propriétaire, retenant les eaux pour les utiliser, ne leur aurait pas laissé d'issue sur le fonds inférieur. Le voisin ne serait pas plus fondé à se plaindre que d'une tempête qui viendrait ravager son héritage. Les eaux doivent avoir un cours ; tant qu'il est naturel, il n'y a rien à objecter. On ne prescrit pas contre les effets de la nature (1).

123. Jusqu'ici nous nous sommes occupés de facultés provenant de la nature ou de la loi ; nous avons vu, soit par le raisonnement, soit par l'autorité de la jurisprudence, qu'elles sont à l'abri de la prescription.

Mais en est-il de même des facultés que l'homme se crée et se réserve par contrat ? Ces facultés accidentelles et purement conventionnelles peuvent-elles s'exercer indéfiniment, ou bien tombent-elles sous le coup de la prescription ?

(1) L. §§ 1 et 3, D. *de Aquâ et aquæ pluv. arcend.* Copolla, tr. 2, ch. 4, n° 71. M. Pardessus, *Servitudes*, n° 82, p. 114.

Quoique les idées soient aujourd'hui fixées sur cette question, nous ne pouvons nous empêcher de dire que, dans l'origine, elle a fait l'objet de vives controverses parmi ceux qui ont frayé les routes de la science. C'est à l'occasion de la faculté de rachat stipulée à perpétuité que le champ de bataille s'est ouvert entre les docteurs. *Ingens pugna et acerrima dimicatio scholasticorum auctorum*, dit d'Argentré (1).

Mais ces discussions ne peuvent s'expliquer que par le vague qui régnait encore dans les esprits sur la nature des droits facultatifs.

Qu'est-ce qu'une faculté qu'un individu se crée à lui-même sur un tiers? C'est un droit qui assujétit la personne de ce tiers. Il prend son point d'appui dans le contrat générateur de l'obligation; il est dominé par lui, et il se résout en une action pour forcer l'obligé à tenir sa promesse. Or, toutes les actions sont prescriptibles: passé trente ans, elles sont éteintes. On voit qu'entre les facultés conventionnelles et celles qui sont vraiment des facultés imprescriptibles, il y a une énorme et profonde différence. Celles-ci, nous ne saurions trop le répéter, se résolvent en simples faits (2); elles s'exercent par l'homme sur lui-même ou sur sa propre chose. Celles-là, au contraire, ne s'exercent que sur ce qu'on n'a pas, et voilà pourquoi une action est nécessaire pour leur donner main-forte. Elles viennent donc échouer contre la prescription (3).

D'ailleurs, conçoit-on que l'homme puisse aller plus

---

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 8, n° 1. On peut voir la liste des combattans dans son ouvrage, *loc. cit.*

(2) *Suprà*, n° 112.

(3) Dunod, p. 90. Pothier, *Vente*, n° 391. Henrys, t. 2, p. 523. M. Pardessus, *Servitudes*, p. 72.

loin que la loi, et se créer, de sa propre puissance, des droits imprescriptibles, lorsque la loi ne veut pas qu'on renonce d'avance à la prescription?

124. Ceci posé, il ne sera pas difficile de résoudre les questions suivantes :

Jean Puy de Montbrison avait vendu, par acte du 18 août 1560, à Dalmais, la seigneurie de Chazelles, avec stipulation que, dans le cas où ledit Dalmais viendrait à vendre cette propriété, Jean Puy ou les siens auraient préférence et pourraient la retirer en payant le prix de 1800 livres.

Après le décès de Dalmais, un créancier de sa succession fit saisir la seigneurie de Chazelles. Jean Puy fit opposition à fin de distraction. Mais, le sieur Dalmais fils ayant fait cesser les causes de la saisie, les choses en restèrent là, attendu qu'il n'y avait pas eu de vente volontaire ni forcée, et que par conséquent le droit de retrait n'était pas ouvert.

En 1624, Dalmais fils n'ayant pu satisfaire à des obligations dont il était grevé, la seigneurie de Chazelles fut encore une fois saisie. Puy intervint de nouveau, pour profiter de la faculté que le contrat originaire lui réservait.

Un débat sérieux s'engagea sur ce point devant le parlement de Paris.

Les créanciers opposaient qu'y ayant plus de soixante ans que le contrat de vente avait réservé la faculté de retrait à Jean Puy, celui-ci n'était plus recevable à s'en prévaloir. Il n'y aurait jamais rien d'assuré, disaient-ils, s'il était loisible de rentrer dans un héritage après un si long espace de temps et d'en rendre le retrait perpétuel.

Jean Puy répondait en s'appuyant de la loi *Si creditor*, § *Final*, D. *de Distractione pignorum*, qui autorise expressément le pacte contenu dans le contrat de

1660 (1). « Il ne faut pas confondre, disait-il, la faculté de ce contrat me réserve avec la simple faculté de rachat. Celle-ci dépend du vendeur; il peut toujours s'en servir; rien ne l'empêche d'agir. De là la nécessité qu'il n'ait qu'un temps limité pour opérer le retrait et qu'il soit exclu après trente ans (c'était alors le terme de la prescription en cette matière). Mais, en l'espèce du procès, il ne dépendait du vendeur de retirer la terre vendue; il ne s'était réservé cette faculté qu'en cas que l'acquéreur vînt à la revendre; il ne pouvait donc s'en servir qu'en cas qu'elle fût vendue, et il répugne qu'il pût agir avant la condition arrivée. Ainsi, le temps n'a pu courir tant et si longuement que la terre était demeurée au profit de l'acquéreur et de ses successeurs; et, quand il faudrait réduire la faculté à trente ans, on serait toujours aux termes de cette règle vulgaire : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

On voit que la question n'était pas de savoir si la faculté de retrait était prescriptible; on convenait de part et d'autre qu'elle l'était, parceque, provenant d'un contrat et s'attachant à la personne d'un tiers, elle se résolvait en une action soumise au droit commun. Mais toute la difficulté consistait à savoir à partir de quelle époque cette prescription avait commencé à courir. Était-ce à compter du contrat? était-ce à compter de l'évènement de la condition? L'arrêt en date du 16 juillet 1644 débouta Jean Puy de son opposition; mais ce fut, suivant Henrys et Bretonnier (2), par des circonstances particulières, inutiles à énoncer ici. Nous reviendrons sur ce point de droit en commen-

(1) *Voy.* Fachin, *Cont.*, liv. 12, ch. 28. Argument de ce que je dis dans mon Comm. sur *la Vente*, t. 2, n° 705.

(2) T. 2, p. 525, liv. 4, ch. 6, quest. 77.

tant l'article 2257, qui veut que la prescription n
commence à courir que dès l'instant où la conditio
est arrivée (1). Mais, quant à présent, nous avons ci
cette espèce pour montrer par un exemple significat
que les facultés conventionnelles sont tout-à-*fait* pres
criptibles.

125. La cour de Limoges a appliqué cette règl
dans l'espèce suivante:

En 1756, Villejoubert et la dame Papon vendent
Lagorce une grange, et de plus le droit de construir
deux fours sur un emplacement limitrophe.

En 1810, les héritiers des vendeurs élevèrent des constructions sur ce terrain; bientôt les représentans de Lagorce s'y opposèrent; ils soutinrent qu'aucune prescription n'avait pu courir contre eux. Mais, par arrêt du 22 mars 1811, la cour de Limoges décida que la faculté de bâtir sur le terrain d'autrui, procédant d'une convention, était soumise à la prescription ordinaire (2).

126. Autant cette décision est légale, autant il faut s'étonner de l'arrêt que je vais citer, et qui est émané de la cour de Bruxelles, à la date du 30 novembre 1809 (3).

En 1771, une rente avait été constituée au denier vingt-cinq, sous la condition expresse qu'après six ans, à dater du contrat, le créancier pourrait l'exiger sur le pied du denier vingt. Ce ne fut qu'en 1808 que Delafaille, créancier de la rente, somma le sieur Leemans, débiteur, de la payer à l'avenir au taux de cinq pour cent. A cette époque, il s'était écoulé plus de trente ans à

(1) *Infrà*, nos 787 et suiv., et no 790.

(2) Dall., *Prescript.*, p. 246. *Palais*, t. 12, p. 260. M. Vazeille, t. 1, p. 119.

(3) Dall., *loc. cit.*

compter des six ans de grâce réservés au débiteur, sans que le créancier eût profité de son droit. Leemans se prévalut de la prescription pour résister à cette prétention. Mais la cour considéra que, le contrat n'étant pas prescrit et ayant même été exécuté par le débiteur, cette exécution constante reportait les parties au moment où la convention avait été passée; elle décida en conséquence que le créancier n'avait pas laissé perdre son droit. Mais c'était là une erreur visible. Le contrat subsistait sans doute; mais c'était dans la partie exécutée. Quant à la faculté réservée au créancier, et dont il n'avait pas usé pendant trente ans, faculté accessoire et qui pouvait tout-à-fait se détacher de la convention principale sans ébranler celle-ci, il est bien clair que le silence gardé pendant trente ans par ce créancier équivalait à une remise de la clause aggravante.

Ceci s'autorise de la doctrine de Pothier, qui remarque très-justement que, lorsque la faculté procède d'une clause accidentelle d'un contrat, et qu'elle ne nous appartiendrait pas sans une convention particulière, une telle faculté est un droit prescriptible (1).

127. L'on se tromperait beaucoup si l'on considérait comme une confirmation de la doctrine consacrée par cet arrêt une autre décision rendue par la même cour à la date du 10 septembre 1812 (2).

En 1777, Merck s'oblige à payer à Devos une rente perpétuelle. Dans le contrat, Merck promet, *en tout temps, y étant requis, de rembourser ou d'hypothéquer les susdites rentes sur double hypothèque.*

Les arrérages sont exactement servis pendant trente ans; mais, à l'expiration de ce temps, Devos de-

---

(1) *Vente*, n° 392. *Infrà*, n° 129.
(2) C'est cependant ce que fait M. Dalloz, v° *Prescript.*, p. 246, n° 3.

mande le remboursement ou une hypothèque. Merci répond que, faute d'avoir exercé dans les trente ans les droits qu'il s'était réservés, le créancier les avait laissé prescrire.

Mais le tribunal d'Oudenarde rejeta la prescription, par ce motif qu'il est nécessaire de peser avec attention, parce qu'il marque la nuance tranchée qui existe entre cette espèce et la précédente, « attendu « que l'obligation de rembourser ou de donner hy- « pothèque est *dans la nature du contrat, et sans* « *qu'il soit besoin de la stipuler*, notamment d'après « la jurisprudence suivie dans le lieu où le contrat a « été passé; que *la clause fait ici partie inhérente et* « INDIVISIBLE *du contrat*, et qu'elle ne saurait être « prescrite, à moins que le titre entier ne fût pres- « crit; qu'en payant les arrérages, les débiteurs ont « conservé l'acte dans leur intégrité. »

Sur l'appel, ce jugement fut confirmé avec raison par la cour de Bruxelles.

On voit que rien n'était moins identique que les deux espèces. Ici, c'est un droit inhérent à l'obligation principale, accessoire indivisible qui la suit partout et subsiste autant qu'elle pour lui servir de garantie (1); là, au contraire, c'est une clause ayant une existence à part et constituant un droit séparé : il n'y a donc rien à conclure d'un arrêt à l'autre.

128. La jurisprudence nous offre encore d'autres exemples de la prescriptibilité de la faculté conventionnelle.

Les habitans de Vandelans avaient passé avec leur seigneur un traité, et les parties s'étaient réservé la faculté perpétuelle de le résilier; mais, par arrêt du

(1) Ceci rentre dans la théorie exposée au n° 125.

26 janvier 1725, il fut jugé qu'après trente ans le droit de résiliation était prescrit (1).

De même, celui qui a promis de payer *à la volonté du créancier, toujours et toutes et quantes fois*, ne se prive pas par là du bénéfice de la prescription ordinaire, et il est sous-entendu que le paiement s'effectuera si cette volonté du créancier se manifeste dans le délai accordé par la loi pour la durée ordinaire des actions (2).

129. Mais, comme il n'y pas de règle sans exception, le principe que les facultés conventionnelles sont prescriptibles comporte quelques limitations que nous ne devons pas passer sous silence.

La première, qu'on a déjà pressentie, a lieu lorsqu'il s'agit d'une faculté qui procède de la nature et de l'essence du contrat, tellement que, tant que le contrat subsiste, il maintient, par sa propre vertu, cette faculté, qui est l'un de ses élémens (3). Nous en avons vu un exemple au numéro 127. On peut ajouter celui des rentes perpétuelles, qui sont essentiellement rachetables (4); d'où il suit que, quand même le débiteur aurait payé les rentes pendant trente, quarante, cinquante ans, il serait toujours reçu à offrir le remboursement (5). Enfin, nous verrons, sous l'article 2236, qu'il en est de même d'un immeuble donné en nantissement, lequel est toujours susceptible d'être dégagé, quand même il serait resté plus de trente ans dans les mains du créancier (6). Mais on doit décider tout le con-

(1) Dunod, p. 91.
(2) Maynard. liv. 4, quest. 53, p. 290.
(3) Pothier, *Vente*, nº 392.
(4) Art. 1911, C. civ.
(5) Pothier, *loc. cit.* Dunod, p. 91, *in fine*, et p. 93.
(6) Pothier, *loc. cit.*, et Dunod, p. 92.

traire quand la faculté procède d'une clause accidentelle du contrat (1).

130. La seconde limitation a lieu lorsque la faculté gît dans le choix de moyens alternatifs de payer une dette annuelle. Le paiement continué pendant trente ans d'une des choses dues alternativement n'empêche pas, au bout de ce temps, d'opter pour l'autre.

Ceci s'expliquera par deux exemples.

La demoiselle Boitouset avait chargé son héritier de payer annuellement 200 liv., pour être employées à vêtir certain nombre de pauvres et leur faire apprendre des métiers, *jusqu'à ce qu'on trouvât des héritages de la valeur de 4,000 liv., pour placer le capital de cette fondation.* Plus de cent ans après, le marquis d'Ormenans, qui représentait cet héritier, offrit aux officiers municipaux de Quingrey des héritages de 4,000 liv., pour s'acquitter de la rente de 200 liv. L'offre fut refusée, sous prétexte du long temps qui s'était écoulé, de la grande augmentation du prix des héritages depuis la fondation faite ; augmentation telle, que des fonds de la valeur de 4,000 liv. ne produiraient pas un revenu suffisant pour remplir les pieuses intentions de la fondatrice.

Mais, par arrêt du parlement de Besançon du 28 janvier 1726, l'offre de d'Ormenans fut admise. « On pensa, dit Dunod (2), que la faculté de payer est « une faculté de fait que le débiteur exerce par voie « d'exception et qui ne se prescrit pas ; que l'exception dure autant que l'action ; que, tant qu'on pouvait demander la prestation, l'héritier était en droit « de l'éteindre de la manière déterminée par la fon-

(1) Par exemple, pacte de rachat. *Junge* l'exemple rapporté au nº 126, et Pothier, *loc. cit.*

(2) P. 91.

« dation; que, l'action et l'exception dérivant du « même titre, elles se conservaient mutuellement. »

Je trouve la même règle consacrée plus anciennement par un arrêt du parlement de Toulouse rapporté par Maynard (1). Comme il est peu connu, je crois qu'on me saura gré de le rappeler avec ses principales circonstances.

Le 13 janvier 1473, Ganteilhes, notaire, donne en arrentement à Antoine Latgies une métairie, pour la rente de douze septiers de blé et une mine de noix, avec pacte qu'en payant à sa volonté (*toties quoties*) la somme de six vingts écus audit Ganteilhes, la rente serait amortie, et la métairie demeurerait à Latgies franche et quitte de cette rente. En 1507 et 1508, les héritiers Ganteilhes vendent la métairie en question aux prêtres obituaires de Lavaur; mais en 1571, c'est-à-dire quatre-vingt-dix-huit ans après le contrat de constitution, *les* héritiers Latgies offrent de racheter la rente, moyennant la somme de six vingts écus, voulant ainsi conserver la propriété pleine et entière de la métairie. Le syndic de la communauté des prêtres obituaires s'y oppose, prétendant que la rente est purement foncière, qu'elle est par conséquent irrachetable de sa nature (2), et que la faculté de l'amortir, descendant d'un pacte accidentel au contrat de bail à rente (3), était plus que prescrite par le laps de cent ans écoulés depuis ledit contrat. C'est ce systême qui fut adopté par le juge ordinaire de Lavaur. Mais, sur l'appel, le sénéchal de Toulouse en ayant pensé autrement, la cause fut portée au parlement. Maynard

(1) T. 1, liv. 4, ch. 53, p. 289.

(2) Voy. *le Traité des rentes foncières*, par MM. Fœlix et Henrion, p. 4 et 8. Pothier, n° 23.

(3) *Suprà*, n°s 123 et suiv.

nous a conservé les moyens respectifs des parties. Le rapporteur, M. Trelon, magistrat du temps fort distingué, inclinait vers l'opinion que la faculté était prescrite, et que *le sénéchal s'était fourvoyé ès termes de droit*; mais d'autres estimèrent que le contrat était emphytéuticaire, et que le pacte de rachat de la rente n'avait rien *altéré, transformé ni difformé* à la convention; qu'il n'allait pas *contre les substantiaux*, c'est-à-dire contre la nature du contrat. Or, ajoutaient-ils, il n'y a nul fondement à dire que le pacte a été prescrit par cent ans; car ce qui est temporel en demandant est perpétuel en défendant. A plus forte raison, ce qui est perpétuel en demandant le sera beaucoup plus en défendant. Le contrat d'emphytéose ayant donc été perpétuel pour agir et demander, la faculté d'amortissement contenue en lui le sera à plus forte raison pour éteindre la rente. *Il ne peut y avoir de prescription en la faculté qui est jointe à l'exception*, d'autant que la prescription tend à anéantir l'action et à soutenir l'exception. Enfin, disaient-ils, les héritiers Latgiès avaient, chaque année, l'option de payer la rente ou de se racheter du tout. Or, chaque paiement leur retenait la faculté de choisir, et la *conservation d'une des deux extrémités alternées et dépendantes l'une de l'autre* les conservait toutes deux. Sur ces raisons, et après partage, la cour, par arrêt du 26 février 1586, rendu toutes les chambres assemblées, réserva aux héritiers Latgiès la faculté d'amortir la rente.

Ainsi, il fut jugé que le paiement d'une seule des deux choses alternativement dues au choix du débiteur, quoique continué pendant cent ans, n'avait pas privé ce débiteur de la faculté d'opter au bout de ce temps. Maynard rapporte un autre arrêt du même parlement, en date du 15 avril 1589, qui confirme

cette jurisprudence : je la crois fondée en droit et en raison. Les deux membres d'une alternative sont liés l'un à l'autre, et le débiteur a la faculté de faire son choix entre eux. Or, tous les ans, lorsqu'il paie la rente, il fait ce choix (1), il le réitère, il use du contrat et de la faculté qu'il lui réserve. Comment donc peut-on soutenir qu'il a laissé prescrire sa faculté? On ne perd son droit par prescription qu'autant qu'on n'en a pas usé. Ici, au contraire, le débiteur fait tous les ans acte d'élection; tous les ans il opte, tous les ans il préfère une chose à l'autre : il n'a pas pu payer une seule fois sans opter entre l'un des deux membres de l'alternative. Il faut donc qu'il reste dans l'état où le contrat l'a mis, et qu'il conserve jusqu'au bout l'usage d'une faculté qu'il n'a cessé de mettre en pratique.

131. La troisième exception a lieu lorsque la faculté a été créée par la convention à perpétuité et pour l'intérêt d'une communauté d'habitans. Dans ce cas, quoiqu'elle provienne d'un contrat, elle est imprescriptible entre les membres de cette communauté; car elle constitue un de ces avantages communs que la seule qualité d'habitant attribue à chaque domicilié, et l'on rentre dans les principes que nous avons exposés au numéro 112.

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par arrêt du 16 mai 1826 (2).

Par des chartes de 1377 et 1400, le roi d'Aragon, possesseur du Roussillon, s'obligea à ouvrir dans la rivière de la Tet un canal conduisant de l'eau dans les fossés de la ville de Perpignan, en passant par Thuir. Ce canal, appelé le ruisseau de Thuir, fournissait de

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 247.
(2) Dall., 26, 1, 303.

l'eau aux habitans de cette communauté, pour l'irrigation de leurs héritages et pour faire aller les moulins banaux.

Cette faculté, attribuée aux habitans de Thuir, fut ratifiée par acte subséquent du 28 juin 1427.

Quelques-uns de ces habitans cessèrent de jouir pendant cinq siècles; au bout de ce temps, ceux qui les représentaient s'appuyèrent sur le droit communal pour participer au bénéfice des chartes du roi d'Aragon. Mais ils trouvèrent de la résistance de la part des propriétaires de moulins et de jardins qui n'avaient jamais cessé d'utiliser les eaux.

Cette résistance, d'abord sanctionnée par le tribunal de première instance, fut condamnée par arrêt de la cour de Montpellier du 21 août 1824; et, sur le pourvoi en cassation, la section des requêtes consacra pleinement le système de la cour royale. Rien n'était plus juste en effet. D'une part, la jouissance de certains habitans de la commune, comme habitans, avait maintenu le droit de la commune elle-même. Or, ce droit subsistant, il devait profiter à tous les habitans sans exception; sans quoi, ce ne serait plus un droit communal; il n'aurait plus le vrai caractère qui lui appartient, et il arriverait que des individus qui auraient joui en qualité d'habitans de la commune, et pas à un autre titre, trouveraient dans cette possession le principe d'une éviction pour la commune. Une telle prétention résiste à tous les principes. Les articles 2231, 2232 et 2240 du Code civil la condamnent formellement.

On peut appliquer la même décision aux droits d'usage et autres dont les habitans d'une commune sont investis. Entre eux, il ne saurait y avoir de prescription pour dépouiller les uns au bénéfice des autres; l'égalité entre habitans ne doit pas être rompue.

132. 3° On ne prescrit pas contre les bonnes mœurs ni contre les matières qui tiennent à l'ordre public.

L'empire des bonnes mœurs est au-dessus des atteintes de l'homme et de l'influence du temps. Il est vrai que, si un fait a été commis en contravention aux lois qui les protégent, la prescription peut mettre le coupable à l'abri de la peine ou des dommages et intérêts qui pourraient être réclamés contre lui. On admettait aussi dans l'ancienne jurisprudence cette règle d'humanité; mais il y avait quelques crimes particuliers qui n'étaient jamais couverts par la prescription : tels étaient les crimes de duel (1), de lèse-majesté (2), de simonie (3). Aujourd'hui nous ne reconnaissons plus de crimes imprescriptibles. Mais le pardon que la loi accorde à la faute après un certain temps n'est pas un droit acquis à recommencer. C'est en ce sens que les bonnes mœurs ne peuvent perdre, par le fait de l'homme, quelque réitéré qu'il soit, leur puissance tutélaire. Si le passé est amnistié, la morale publique conserve toujours son empire pour l'avenir; elle est inébranlable. De là la maxime des docteurs : *Quæ pacto fieri non possunt non admittunt præscriptionem, quia præscriptio fundatur sub tacito consensu, qui ex lapsu temporis præscribitur* (4).

Ainsi, celui qui aurait souscrit un engagement pour voler ne serait tenu par aucune prescription à exécuter ce criminel contrat. En aucun temps on ne pourrait le lui opposer.

---

(1) Art. 35, ord. de 1679.

(2) Catalon, liv. 7, ch. 1. Albert, v° *Prescript.*, Ferrière, sur Paris, t. 6, § 3, n° 16.

(3) Ferrières, *loc. cit.*, n° 14.

(4) *Voy.* Dunod, p. 72.

Ainsi encore, celui qui aurait stipulé des intérêts usuraires n'acquerrait pas, quand même il les aurait perçus pendant trente ans, le droit de forcer son débiteur à lui servir cette prestation défendue par les lois. Ce dernier pourra même le contraindre à lui restituer l'excédant d'intérêt qu'il a perçu pendant vingt-neuf ans. Mais il faut y faire attention, la restitution ne remontera pas plus haut. La raison en est que l'action, pour répéter ce qui a été indûment payé, ne dure que trente ans. On peut consulter sur ce point un jugement du tribunal d'Auxerre, confirmé par arrêt de la cour de Paris du 2 mai 1823 (1). Demandera-t-on comment il se fait que ce qui n'a été perçu que par suite d'un délit ne doit pas être restitué lorsque le délit se montre flagrant? La raison en est d'abord que l'action pour un délit est prescriptible comme toutes les autres: ce qui a été introduit par humanité; car le législateur ne doit pas être plus inflexible que Dieu même, dont la justice se concilie avec le pardon. Ensuite, celui qui ayant livré quelque chose en vertu d'une cause déshonnête, ne réclame pas pendant trente ans, est censé en faire don ou remise. Mais quand la chose n'a pas été payée, et que le prétendu créancier s'appuie sur un titre contraire aux bonnes mœurs pour obtenir paiement, le vice radical du contrat s'oppose perpétuellement à son exécution. « La « nullité, dit Dunod (2), qui résulte d'un acte qui « emporte quelque délit ou quelque turpitude, est ab- « solue, parce que la loi résiste continuellement, et « par elle-même, à l'acte qu'elle défend; elle le réduit « à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni auto- « risé, et qui ne produit aucun droit, aucune action,

(1) Dall., 24, 2, 7. *Junge* M. Vazeille, t. 1, n° 112.
(2) P. 47.

« aucune exception. » Ici l'on ne pourrait appliquer l'article 1304 du Code civil, ni l'article 2262 du même Code; car il n'y a pas de prescription contre les bonnes mœurs. *Nulla præscriptio currit*, dit Dumoulin, *etiam plus quàm longissimi temporis. Ratio prompta est; quia quantò magis illicitum fœdus continuatur, tantùm peccatum gravius est*, ET SIC NUNQUAM PURGATUR (1).

Quant aux matières qui tiennent à l'ordre public, il n'est pas moins certain qu'elles sont affranchies de la prescription; car le fait des particuliers et les renonciations privées ne peuvent déroger à ce qui a été établi pour l'intérêt de la société.

C'est pourquoi l'état des hommes, qui est une dépendance des lois d'ordre public, est inébranlable. Les conventions les plus solennelles, de même que le temps le plus long, seraient inefficaces pour altérer les rapports de famille et l'existence civile d'un individu.

Par exemple, lorsqu'un enfant est privé de son état, il conserve toujours, malgré le plus long silence, une action pour le réclamer (2). On ne prescrit pas contre la qualité de père, d'enfant, d'époux, dûment et légalement constatée. Une femme, quoique séparée de son mari pendant trente ans, n'acquiert pas le droit de vivre éloignée du domicile conjugal et affranchie de l'autorité de son mari (3). Un étranger ne peut jamais devoir qu'à un acte de naturalisation émané de l'auto-

---

(1) *Voy.* là-dessus Ferrières, sur Paris, *de la Prescription*, § 3, n° 15. Il cite plusieurs auteurs conformes, Grimaudet, d'Argentré, Louet, lettre A, § 15, et lettre T, § 6, Boniface; t. 1, p. 1, liv. 8, ch. 8, t. 2, et différens arrêts qui ont décidé que le laps de temps ne confirmait pas le titre pour *la continuation des usures*.

(2) Art. 328 du C. civ.

(3) Dunod, p. 72 et 73.

rité publique le titre de Français (1). Un individu condamné à une peine entraînant la mort civile ne peut, après avoir prescrit contre sa peine, réclamer la participation aux droits civils dont il a été privé. Retranché de la société, il ne saurait s'y incorporer de nouveau par la simple prescription; car le laps de temps a bien pu le libérer de sa peine, mais non lui faire acquérir des droits civils, attendu que les droits civils ne sont pas dans le commerce, et ne peuvent s'obtenir que par l'intervention de la puissance publique (2).

133. Ce serait cependant une erreur de croire que la prescription ne peut exercer aucune influence quelconque sur l'état civil des individus.

L'action en désaveu est limitée par l'article 316 du Code civil à un temps très court, et, si le père ne l'exerce pas dans ce délai, l'enfant est réputé légitime, bien que souvent cette qualité ne soit qu'une fiction. Ici la loi trouvait sous sa main une présomption favorable et utile à la société : *Is pater est quem nuptiæ demonstrant;* elle n'a consenti à l'ébranler qu'à regret, et lorsque la vérité apparaît prompte et flagrante pour la démentir. Mais si les réclamations sont trop lentes à se montrer, la loi, qui ne veut pas que l'état des hommes reste en suspens, s'arme de déchéances; elle fait prévaloir la présomption, parce que la société est plus intéressée à ce qu'il y ait des enfans légitimes que des bâtards.

Les articles 329 et 330 du Code civil nous offrent encore un autre exemple à l'appui de notre limitation. Si la recherche de l'état d'enfant n'est pas prescriptible à

---

(1) Décret du 17 mars 1809. *Répert.* de M. Merlin, v° *Naturalisation.* Décret du 19 février 1808.

(2) Art. 32 du C. civ. Richer, *Mort civile*, p. 545.

l'égard de l'enfant, elle le devient quand il n'existe plus. C'est qu'alors elle n'intéresse que ses héritiers, et que, sous couleur d'une question d'état, elle ne cache désormais qu'un intérêt purement appréciable en argent.

Enfin la possession d'état est dans certain cas pour l'enfant un moyen de repousser les attaques contre sa légitimité (art. 197 du Code civil).

De plus, pour consolider les mariages, qui sont pour l'État une pépinière qui entretient sa vigueur et sa durée, il existe des fins de non-recevoir et des prescriptions abrégées, dont le but est de couper court aux demandes en nullités fondées sur l'erreur (1), sur le défaut de consentement des père et mère (2), sur le défaut d'âge (3), etc.; et, par là, de purger la qualité d'époux de certains vices de nature à la détruire absolument (4).

134. 4° On ne prescrit pas contre les lois de police générale, soit que ces lois aient pour objet la sûreté ou la salubrité publique, soit qu'elles ne concernent que l'ornement et l'embellissement d'une cité.

Præscriptio longi temporis (disent les empereurs Gratien, Valens et Théodose) *juri publico non debet obsistere; sed nec rescripta quidem : atque ideò diruenda sunt omnia quæ per diversas urbes, vel in foro, vel in publico quodam loco, contrà ornatum et*

---

(1) Art. 181.

(2) Art. 183.

(3) Art. 185.

(4) On discutait beaucoup autrefois la question de savoir si la noblesse peut se prescrire (*Répert.*, *Noblesse*, § 6). Cette question n'ayant plus d'intérêt aujourd'hui, je me bornerai à dire, avec Loyseau (*des Ordres*, ch. 5), que la possession immémoriale faisait supposer ou présumer la noblesse; mais qu'elle la faisait si peu acquérir, que, si on représentait un titre constatant le contraire, l'état de roture reprenait le dessus. En effet, la noblesse était d'ordre public, et partant imprescriptible.

commodum ac decoram faciem civitatis extructa requirantur (1).

C'est sur ce fondement que les propriétaires sont obligés de bâtir ou de réformer leurs maisons suivant les plans donnés ou approuvés par les magistrats qui exercent la police (2). La prescription ne saurait les affranchir de cette obligation.

De même, l'individu qui établirait sur une rivière flottable et navigable une digue de nature à rendre la navigation dangereuse, ne trouverait pas dans sa longue possession un refuge contre l'action de ceux qui éprouveraient par son fait des avaries et des dommages; ni même contre le droit de l'administration de faire supprimer ces ouvrages nuisibles. D'Olive rapporte, à ce sujet, l'espèce suivante : Gibrac, batelier de Montauban, avait perdu son bateau chargé de marchandises, en passant le passelis du moulin de la Valade, au-dessus duquel était celui du sieur de Saint-Albère. Gibrac prétendit qu'à l'écluse du moulin de Saint-Albère il y avait une rupture, et que l'eau qui en sortait poussait les bateaux avec une telle impétuosité, qu'ils étaient emportés contre une pile du passelis, où ils venaient se briser et faire naufrage. La preuve de cet état de choses ayant été établie, Saint-Albère fut condamné par la chambre de l'Édit de Castres, par arrêt du 20 novembre 1613, en 50 liv. envers le syndic de la navigation, 450 liv. envers Gibrac, pour la valeur de son bateau, et 500 liv. pour la valeur des marchandises (3). Cette décision est d'une justice évidente ; le droit de moulin n'autorise pas à user des eaux d'une

(1) L. 6, C. *de Operib. publicis.*

(2) Dunod, p. 71.

(3) *Quest. notables*, liv. 1, ch. 33. Dunod, p. 71.

manière nuisible, et à entraver la navigation par des entreprises contraires à une bonne police (1).

135. Nous trouvons, dans les lois relatives à la police des eaux, d'autres applications de notre principe. Par exemple, quoique les eaux d'un ruisseau appartiennent à un individu, cependant la hauteur de ces mêmes eaux, lorsqu'on veut les faire servir comme force motrice à seconder les efforts de l'industrie, est hors du commerce, en ce sens que le propriétaire n'est pas maître de la régler de son chef, de manière à nuire à autrui. La plus longue possession ne pourrait servir à la prescription du droit de maintenir un barrage à une hauteur préjudiciable : c'est ce que la cour de cassation a jugé dans maintes circonstances, et spécialement par arrêt du 19 décembre 1826 (2). Guy avait établi sur le cours d'un ruisseau joignant son pré un barrage, afin d'employer les eaux à faire mouvoir des lavoirs à mine. Normand, propriétaire supérieur, fit démolir ce barrage, prétendant qu'il faisait refluer les eaux sur sa propriété. Action en complainte de Guy, pour être maintenu dans sa possession annale. Jugement du tribunal de Vesoul, qui, sur l'appel d'une sentence du juge-de-paix, déclare l'action non-recevable, *attendu que la possession, même immémoriale, d'un barrage sur un cours d'eau, ne peut jamais servir de base à l'action possessoire, la détermination de la hauteur des eaux étant dans le domaine de l'administration.*

Et, sur le pourvoi, arrêt de la cour de cassation, ainsi conçu :

« Attendu que la complainte n'est recevable qu'au-

---

(1) Ord. de 1669, tit. 27, art. 42 et suiv. Arrêté du Directoire du 19 ventose an 6. M. Garnier, *des Rivières*, p. 1, n° 142 et suiv.

(2) Dall., 27, 1, 97. *Palais*, 1827, 2, 508.

« tant que la possession est de nature à faire acqué« rir la propriété ; attendu que la hauteur des eaux « pour le service des usines n'est point dans le com« merce, *et n'est point par conséquent prescriptible*, « et reste dans le domaine de l'administration. » Rejette (1). »

On trouve une décision semblable dans une ordonnance du Roi du 17 janvier 1831 (2).

En l'an 11, Petel modifia, sans en avoir obtenu l'autorisation, le système hydraulique du moulin qu'il possède sur la rivière de Nançon. En 1828, les riverains se sont plaints de ce que, par suite de ces changemens, l'eau refluait sur leurs propriétés, et y laissait des mares et flaques, qui entretenaient un principe d'insalubrité qu'il était urgent de faire disparaître. Arrêté du préfet, confirmé par le ministre de l'intérieur, le 27 mars 1830, qui prescrit à Petel d'abaisser son barrage. Recours de ce particulier pour excès de pouvoir, attendu qu'il a prescrit le droit de jouir de son moulin tel qu'il existe.

Mais, par ordonnance en date du 17 janvier 1831, vu la loi du 6 octobre 1791, sa requête fut rejetée, « attendu que l'administration est chargée de fixer « la hauteur des eaux de manière à ce qu'il n'en ré« sulte aucun préjudice pour personne ; qu'en cette « matière la longue possession invoquée par le requé« rant ne pouvait faire obstacle à l'exercice du droit « que la loi confère à l'administration. »

136. Ceci résout la question de savoir si l'on peut acquérir par prescription le droit d'inonder l'héri-

---

(1) Voy. lois des [illegible] août 1790, 6 octobre 1791, tit. 2, art. 16. Décret du 2 février 1808. Voy. *infrà*, no 126, avec quelle restriction cela doit être tempéré.

(2) Dall., 31, 3, 55.

tage de son voisin. M. Toullier se prononce d'une manière générale pour l'affirmative (1); mais cette opinion est trop absolue. L'inondation occasionée par le fait de l'homme est un délit. Écoutons le langage des lois : « Personne (ce sont les termes de la loi du 6 « octobre 1791, titre 2, art. 15) ne pourra inonder « l'héritage de son voisin, ni lui transmettre les eaux « d'une manière nuisible, sous peine de payer le dom- « mage et une amende qui ne pourra excéder la « somme du dédommagement. »

L'article 16 ajoute : « Les propriétaires ou fermiers « des moulins ou usines construits ou à construire « seront garans de tous dommages que les eaux pour- « raient occasioner par la trop grande élévation du « déversoir ou autrement. Ils seront forcés de tenir « les eaux à une hauteur qui ne nuise à personne, et « qui soit fixée par le directoire du département (au- « jourd'hui par le préfet). En cas de contravention, « la peine sera une amende qui ne pourra excéder la « somme du dédommagement. »

Enfin, l'art. 457 du Code pénal étend ces dispositions, et conserve au fait d'inondation le caractère d'un délit punissable par la répression correctionnelle. J'ai peine à concevoir dès lors qu'un délit se transforme en droit par cela seul qu'il s'est plusieurs fois réitéré, qu'il a bravé long-temps la vindicte publique, qu'il s'est aggravé par une longue suite de récidives. L'arrêt de la cour de cassation cité tout à l'heure vient à l'appui de cette opinion, qui est aussi celle de M. Garnier (2); mais ce dernier auteur en donne pour raison qu'il s'agit d'une servitude discontinue, et par conséquent imprescriptible. Pour moi, je prends plus haut la mo-

(1) T. 3, p. 119.
(2) *Des Rivières*, II, nos 109 et 310.

tif qui me détermine ; je le place dans le principe salutaire et moral qui ne permet pas de prescrire contre les lois de police.

137. Prenons garde, toutefois, de ne pas abuser de cette vérité.

Si, par exemple, le propriétaire des eaux s'était conformé aux lois en demandant à l'autorité compétente un réglement, et si le niveau donné par elle était fautif, les inondations qui en seraient la conséquence ne présenteraient plus le caractère d'un délit ; elles ne constitueraient qu'un dommage ordinaire, donnant ouverture à l'action autorisée par l'article 1382 du Code civil : ce serait le principe d'une servitude ordinaire. Toute la question serait alors de savoir si une telle servitude est de nature à être acquise par prescription.

Or, la réponse ne saurait être douteuse : si la servitude s'annonçait par des ouvrages apparens et permanens, tels qu'une digue ou tout autre travail artificiel, elle serait visible et continue, et, par conséquent, de la nature de celles qui s'acquièrent par prescription, même sous le Code civil (1). Si, au contraire, elle ne se manifestait par aucun signe visible et qu'elle fût discontinue, le droit nouveau s'opposerait à son établissement par la prescription (2). Enfin, dans le cas où son existence daterait d'une époque antérieure au Code civil, il faudrait consulter la législation locale (3).

138. A ce sujet, je donnerai connaissance d'une espèce intéressante qui s'est présentée devant la cour de Nancy.

(1) Art. 688, 689 et 690. Argum. de l'art. 642 du C. civ.
(2) Art. 691, C. civ.
(3) *Junge* M. Garnier, partie 2, nº 310.

Le sieur Masson est propriétaire du vaste étang de Lindre, que l'historien de la Lorraine, le savant dom Calmet, compare à une petite mer Méditerranée : lorsque la pêche de cet étang s'effectue, les eaux, chassées de leur immense réservoir, se répandent dans la Seille, rivière dont le lit n'a qu'une pente presque insensible et une largeur peu considérable, et occasionent une crue qui inonde les propriétés riveraines dans un très-grand rayon. En 1833, plusieurs propriétaires de prés et de champs couverts des eaux de la rivière par cette inondation périodique firent dresser des procès-verbaux et portèrent plainte au procureur du roi, qui poursuivit Masson en conformité de *la loi du 6 octobre* 1791 (1). Le tribunal de police correctionnelle de Vic le condamna comme coupable du délit d'inondation. Sur l'appel, Masson représenta que l'étang de Lindre n'est pas une création factice de l'homme, mais un produit de la nature, qui a réuni dans cet endroit les eaux qui surgissent d'un grand nombre de sources situées dans son fonds, et celles qui descendent des torrens et ruisseaux voisins ; que, de tous temps, ce lac considérable a subsisté dans l'état où il est aujourd'hui, comme un réservoir naturellement creusé au milieu de ces terres marécageuses ; que, s'il n'existait pas, le lit de la Seille serait perpétuellement surchargé d'une surabondance d'eaux qui la ferait couler hors de ses bords, et serait une cause incessante de submersion pour les riverains ; tandis qu'en l'état actuel des choses, les inondations sont restreintes au temps de pêche seulement, et sont modérées par les précautions prises pour que l'étang ne soit vidé que graduellement et peu à peu ; que d'ailleurs le Gouvernement, en vendant cette

(1) Rép. nº 184.

propriété au sieur Masson, lui a imposé l'obligation de la maintenir en eau pour la défense de la place de Metz; qu'enfin le droit du sieur Masson a été exercé dans les temps les plus reculés, soit par lui, soit par ses prédécesseurs, tel qu'il l'exerce aujourd'hui, sans que jamais des plaintes se soient élevées, et qu'il a pris toutes les précautions accoutumées pour que l'étang fût mis à sec sans précipitation et avec prudence.

Cette défense était péremptoire : situation des lieux, prescription immémoriale, obéissance aux réglemens, tout se trouvait du côté du sieur Masson. Voici en quels termes est conçu l'arrêt de la cour de Nancy du 29 janvier 1834, qui a fait triompher son système :

« La cour, sur les conclusions conformes de M. Fab« vier, procureur général ;

« Considérant que le ministère public ne justifie « pas les allégations contenues aux procès-verbaux « des 12, 15, 16, 17 et 18 octobre 1833, savoir, que « Georges-Thimothée Masson n'aurait transmis les « eaux de son étang de Lindre sur les propriétés in« férieures que par un épanchement trop précipité et « sans ménagement; que ces procès-verbaux, dressés « à Burthecourt, Salonne et Château-Salins, loin de « l'étang lui-même et sans vérification des procédés « artificiels mis en usage par Georges-Thimothée « Masson pour parvenir à la pêche dudit étang, ne re« posent que sur des conjectures, et sont impuis« sans pour établir que le prévenu a usé avec im« prudence de sa propriété ; qu'il justifie au contraire, « par la production du journal de la Meurthe du 22 « septembre 1833, qu'il a fait annoncer d'avance la « pêche de l'étang ; qu'ainsi les propriétaires riverains « en aval étaient en demeure de surveiller l'opéra« tion, et que Georges-Thimothée Masson les avait

« mis à même de prendre toutes les précautions né-
« cessaires dans leur intérêt, tant pour préserver
« leurs héritages que pour s'opposer à une ouverture
« immodérée des bondes de l'étang de Lindre; que, de
« plus, le prévenu articule, sans être démenti, qu'il
« n'a effectué la pêche qu'à l'époque accoutumée de
« tout temps, et avec les précautions et les ménage-
« mens usités, tant par lui que par ses prédécesseurs,
« pour que l'immense quantité des cubes d'eau dont
« se compose l'étang de Lindre s'échappe lentement et
« sans violence; par ces motifs, infirme la décision
« des premiers juges. »

On voit que la cour part d'une idée que domine sa décision; c'est que Masson a le droit d'inonder les propriétés inférieures pour opérer la pêche de l'étang de Lindre, et que ce droit se fonde (quoique la cour ne le dise pas positivement) sur une possession immémoriale; que Masson ne serait répréhensible qu'autant qu'il aurait changé l'état de sa jouissance, et dévié des règles constamment suivies pour cette importante et difficile opération. Ainsi, il a été implicitement jugé par cet arrêt qu'un étang peut être investi par la prescription d'un droit d'inondation pour décharger ses eaux, et que cette servitude, lorsqu'elle n'implique l'existence d'aucun délit, est entièrement dans le commerce, comme tout autre droit réel sur les immeubles.

139. Revenons à l'imprescriptibilité des droits qui tiennent à la police.

On ne peut acquérir par prescription : 1° le droit de pratiquer des saignées dans des rivières navigables et flottables : car c'est là un délit puni de 300 francs d'amende par l'ordonnance de 1669 (1); 2° le droit

(1) Tit. 27, art. 44. *Junge* M. Garnier, partie 1, nos 150 et 153. Arrêté du 19 ventose an 6, art. 10.

d'extraire des terres, sables et autres matériaux à six toises près des mêmes cours d'eau : c'est encore une contravention punie de 100 francs d'amende par les lois (1) ; 3° le droit de faire rouir les chanvres en contravention aux arrêtés de l'administration et aux réglemens qui défendent cet usage contraire à la salubrité (2) ; 4° le droit d'établir sans autorisation un bac pour le service du public dans une rivière navigable ou flottable (3) ; 5° le droit de construire sans autorisation un moulin sur un cours d'eau navigable ou flottable (4), ou dans la ligne des douanes (5) ; 6° le droit de pêche dans les rivières navigables ou flottables, autrement qu'à la ligne flottante et à la main (6). Il est vrai que l'ordonnance de 1669 (tit. 27, art. 41) fait exception pour certaines jouissances fondées en titre et possession ; mais c'est là une exception pour des droits acquis dans des temps où les droits de l'État étaient mal définis : elle n'a pas tiré à conséquence pour l'avenir (7), et même ces possessions ont été abolies par un décret du 30 juillet 1793, qui a été confirmé par un avis du Conseil-d'État du 30 messidor an 12, approuvé le 9 thermidor suivant ; par un

(1) Ord. de 1669, tit. 27, art. 40. Arrêté du Gouvernement du 13 nivôse an 5.

(2) M. Garnier, n° 161.

(3) Loi du 6 frimaire an 7.

(4) Arrêt du Gouvernement du 19 ventose an 6. *Répert.*, v° *Moulin*, p. 438. Il a été reconnu à la Chambre des pairs et à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi sur la pêche fluviale, que, jusqu'à l'édit de 1693, le titre *ou la possession sans vice* ont donné droit de conserver un établissement formé sur une rivière navigable, mais que, depuis cet édit de 1693, il avait fallu un titre.

(5) Art. 41, tit. 13, loi du 22 août 1791. Voy. *infrà*, ce qui concerne les moulins construits sur les cours d'eau non navigables, art. 146.

(6) C'est un délit puni par les lois des 14 floréal an 10, art. 14, et 15 avril 1829.

(7) M. Garnier, 1re partie, p. 117 et 118.

décret du 11 avril 1810, et par un arrêt du Conseil du 30 juillet 1817 (1). 7° Le droit de pêche dans les rivières non navigables. Expliquons cependant cette proposition : on peut sans doute acquérir le droit de pêche par prescription, lorsque, par une possession continuée pendant trente ans, on acquiert la propriété des bords du cours d'eau ; la pêche n'est plus ici qu'un accessoire de la propriété des rives à laquelle elle se lie naturellement (2) ; mais, si l'on veut démembrer le droit de pêche du droit de propriété, si l'on prétend l'acquérir séparément du lit de la rivière, c'est là ce qui est incompatible avec les lois de police et avec la nature du droit de pêche. Avec les lois de police, car elles punissent comme un délit le fait de pêche, sans permission du propriétaire (3) ; l'amende est de 20 à 100 francs, avec confiscation des poissons, filets, et paiement d'une somme égale pour dommages et intérêts. A la nature du droit de pêche, car, séparé du fonds, ce droit ne serait plus qu'une servitude personnelle ; il répugnerait à ce principe fondamental en matière de servitude, savoir, qu'une servitude doit être établie pour l'utilité d'un fonds (4). Toutefois, cette seconde raison n'est pas toujours vraie ; il peut arriver quelquefois qu'on ne veuille détacher la pêche de la propriété du cours d'eau que pour l'attribuer à un fonds voisin, et alors la première raison subsiste seule ; mais elle suffit pour trancher la question contre la prescription. Ce point a été touché dans une espèce

---

(1) Sirey, *Jurisprud. du Conseil-d'État*, t. 4, p. 106.

(2) On sait que le droit de pêche est devenu un droit des riverains, depuis l'abolition de la féodalité (avis du Conseil-d'État du 27 pluviôse an 13, approuvé le 30).

(3) Ord. de 1669, tit. 26, art. 5 et 18. M. Garnier, 2e partie, p. 135, et supplément, p. 107. Loi du 15 avril 1829, art. 5.

(4) Avis du Conseil-d'Etat du 11 octobre 1812. M. Garnier, *loc. cit.*, p. 130, no 161, 2e partie.

jugée par arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1830 (1) : Leharle était propriétaire d'un canal artificiel dépendant de son moulin ; il était par conséquent propriétaire de la pêche. Un des riverains, le sieur Cotin, prétendit cependant être en droit de l'exercer devant son pré. Il se fondait sur la prescription et sur une possession immémoriale attestée par des ouvrages anciens, et notamment par une esplanade aboutissant sur le canal. Mais cette prétention fut successivement rejetée par la cour royale et par la cour de cassation. Les raisons de police que nous avons exposées tout à l'heure expliquent ces deux décisions, d'ailleurs faiblement motivées. 8° On ne prescrit pas non plus contre la défense de creuser un puits et une fosse d'aisance contre le mur du voisin, et de faire les établissemens nuisibles détaillés dans l'article 674 du Code civil ; car ces défenses sont dictées par la nécessité de prévenir les incendies ou la ruine des constructions ; elles tiennent à la police publique, contre laquelle on ne prescrit pas (2).

Il serait facile de multiplier les citations : je terminerai par l'exemple suivant, emprunté à la jurisprudence de la cour de cassation :

140. Les époux Hecht, propriétaires d'une manufacture à Strasbourg, avaient fait construire, sous la rue passant devant leur établissement, un aqueduc souterrain pour conduire les eaux de cette fabrique dans un fossé qui jadis avait fait partie des fortifications, mais qui, par suite des agrandissemens éprouvés par la ville, se trouvait dans son enceinte intérieure. En 1824, ce fossé répandant des exhalaisons insalubres, un arrêté du conseil municipal ordonna le

(1) Dall., 30, 1, 233.
(2) M. Vazeille, t. 1, n° 117.

comblement de l'égout. Hecht, privé par cette mesure de la faculté de donner aux eaux de son usine leur écoulement ordinaire, demanda le rétablissement des lieux ou une indemnité. Il s'appuyait particulièrement sur le long usage qui lui avait fait acquérir la prescription de trente ans. Mais sa prétention fut rejetée par la cour de Colmar; et, sur le pourvoi, arrêt de la section des requêtes, en date du 15 février 1828, ainsi conçu :

« Attendu qu'il est constaté, en fait : 1° que de la « manufacture du demandeur découlent des eaux « malsaines qui incommodent le voisinage; 2° que ces « eaux, avant d'arriver au fossé dit des Orphelins, « traversent, au moyen d'un aqueduc souterrain, « l'une des rues de la ville.....

« Attendu qu'une rue est une propriété publique, « hors du commerce.....

« Attendu que la police en appartient au corps « municipal, et que, chargé par la loi de faire jouir « les habitans de la propreté, de la salubrité, de la « sûreté et de la tranquillité dans les rues et places pu- « bliques, le maire de la commune peut faire tous les « réglemens et prendre toutes les mesures nécessaires « pour atteindre ce but; qu'ainsi, en supprimant, « comme l'a fait la municipalité de Strasbourg, un « égout *qui répandait des exhalaisons malsaines*, « il n'a pas privé le demandeur d'un droit de servi- « tude, puisque personne n'en peut acquérir sur les « rues et places publiques, rejette, etc. (1). »

Non-seulement on ne peut transmettre sur la voie publique des eaux fétides sortant d'une habitation privée, mais même on ne peut acquérir par prescription le droit de corrompre les eaux courantes, de les rendre

(1) Dall., 28, 1, 129. *Palais*, 1828, 2, 307.

malsaines par le mélange d'immondices et de mati infectes (1). La salubrité publique proteste consta ment contre de pareilles entreprises, et il n'y a pas possession qui puisse prévaloir contre elles.

Si cependant celui qui use des eaux ne faisait que salir, sans que par ce fait il portât aucune attei aux réglemens de police et à la santé publique, m qu'il gênât simplement un intérêt individuel, ce ser une servitude ordinaire qui pourrait s'acquérir p prescription, pourvu toutefois qu'elle fût apparen et continue.

C'est ce qui pourrait avoir lieu si, par exemple, u boucher établissait une tuerie sur un cours d'eau, et y faisait couler, par des ouvrages d'art permanens et vi sibles le sang des bestiaux abattus, de telle sorte que les eaux, salies par l'immersion de ces matières étran gères, ne fussent plus d'aussi bonne qualité pour la teinture des cotons d'une fabrique située en aval (2).

142. 4° J'ai dit ci-dessus un mot des choses maté rielles imprescriptibles parce que leur nature les em pêche de tomber dans l'appropriation privée (3). Ar rêtons-nous maintenant sur ce point.

La mer est commune à tous les hommes et n'ap partient à aucun (4). Elle est en quelque sorte un territoire libre, qui ne relève d'aucune puissance en particulier (5). Grotius, pour expliquer ceci, a dit que son immensité la met hors de la portée de la propriété individuelle; et voici le raisonnement qu'il a fait :

On possède bien les choses qui ont une borne, une limite déterminée; mais celles qui sont insaisissables

(1) Brillon, v° *Eaux*, n° 13. L. 3, D. *de Aquâ, et aquæ pluviæ.*
(2) Art. 688, Code civ. Ce serait une servitude d'égout.
(3) Suprà, n° 109.
(4) *Inst.*, *de Reb. div.*, § 1.
(5) M. le duc de Broglie, *Thémis*, t. 9, p. 92.

[illegible] définies résistent à l'appropriation, c'est-à-dire à la puissance de l'homme sur ce qu'il peut vaincre, et soumettre et captiver. *Occupatio non procedit, nisi in re terminata* (1). Qu'un lac, un étang, un ruisseau, un cours d'eau deviennent la propriété d'un homme ou de plusieurs, cela se conçoit : ces objets ont une borne ; la terre qui les enserre ou leur sert de rivage marque leur commencement et leur fin, et donne à l'occupation quelque chose de fixe et de certain. Mais la mer, qui est plus grande que la terre ; la mer, dont l'étendue dépasse le cercle de nos connaissances et confond la curiosité de nos recherches, ne peut que rester dans un état d'éternelle inappropriation, à peu près comme l'air.

Ce raisonnement a du vrai ; cependant il ne me paraît pas complètement irréprochable. La vaste étendue des mers ne serait une objection que contre l'homme isolé, ou même contre la nation qui concevrait le projet insensé de les dominer exclusivement dans leur immensité. Mais s'il s'agissait d'un bras de mer, d'un détroit, ou d'une mer parfaitement limitée, comme la Méditerranée, que deviendrait l'argument de Grotius ?

La véritable raison, c'est que, quand il s'agit de la mer, l'occupation ne peut être qu'actuelle, et qu'il ne lui est pas donné de se revêtir des qualités qui la font passer à l'état de propriété. L'occupation, en effet, doit laisser des traces ; il faut qu'elle s'exerce sur une matière susceptible d'être façonnée et subjuguée par le travail de l'homme, de sorte que ce travail s'ajoute à la matière, la transforme, et grave dans son sein la main de ce nouveau créateur. Tout cela est impossible lorsque l'industrie

(1) *De Jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 2, nº 3.

humaine agit sur la mer. Le navire vogue et fend l'onde; mais l'onde reste toujours la même; elle ne s'assimile pas, et le vaisseau, après avoir fui, ignore pour ainsi dire par où il est passé. On occupe donc la mer, mais on ne la possède pas; on la parcourt, mais c'est comme l'oiseau qui voltige dans les airs, sans que l'art de l'homme, si puissant à modifier tout le reste, puisse parvenir à marquer ici la place qu'il a eue et la route qu'il a tenue. Celui qui voulait enchaîner la mer n'était assurément pas plus fou que celui qui aspirait à se la soumettre par le droit de propriété (1).

Dira-t-on que la propriété de la mer pourra se régler par la propriété de ses rivages, comme cela a lieu pour les rivières? Mais l'objection serait puérile, et c'est ici qu'on peut s'appuyer de ce que disait Grotius de l'immensité de la mer. Les fleuves ne sont pas tellement grands, par rapport à la terre qui les borde, qu'on ne puisse les considérer comme accessoires du lit dans lequel ils coulent. Mais soutiendra-t-on que la mer est l'accessoire de la terre? La mer ne constitue-t-elle pas une région distincte, un empire à part, qui ne saurait se régler par les mêmes lois que les continens?

Et il est heureux qu'il en soit ainsi; la nature a bien fait lorsqu'elle a voulu que la mer fût ouverte à tous, et ne devînt le patrimoine de personne. C'est elle qui

(1) Ceci me rappelle ces belles paroles de madame de Staël, fort étonnée peut-être de se trouver citée dans un ouvrage de jurisprudence; mais le génie a partout le droit de se faire entendre: « On aime à rapprocher « les plus purs sentimens de l'ame de cette superbe mer, sur laquelle « l'homme jamais ne peut imprimer sa trace. La terre est travaillée par « lui, les montagnes sont coupées par ses routes, les rivières se res- « serrent en canaux pour porter ses marchandises; mais, si les vaisseaux « sillonnent un moment les ondes, la vague vient effacer aussitôt cette « légère marque de servitude, et la mer reparaît telle qu'elle fut au jour « de sa création. » (Corinne, ch. 4.) Il est curieux de voir madame de Staël plus exacte que Grotius sur un point de droit.

met en rapport les nations les plus lointaines, et qui offre un passage au commerce, aux arts, à la civilisation. Si elle était susceptible d'appropriation, si elle était autre chose qu'une sorte de territoire neutre ouvert à tous par un droit égal, il dépendrait donc d'un des tyrans qui la posséderaient d'isoler les peuples et de barrer le chemin à la civilisation !!

Maintenant, s'il est vrai de dire que la propriété de la mer ne peut se régler comme un accessoire de la terre qui la borde, s'il est également vrai de dire que la possession ne peut rien pour se l'approprier, parlera-t-on d'un partage conventionnel entre les peuples? Mais je suppose que, pour réaliser un rêve digne de Bernardin de Saint-Pierre, les nations conçussent un beau jour l'idée naïve de se la partager. Il faudra que toutes soient convoquées au congrès chargé de cette grande opération; car, par le droit de nature, la mer, cette grande route du monde, ce lien de tous les états, appartient à tous. Or, comment le congrès sera-t-il nommé? Comment appellera-t-on les nombreux intéressés? Fera-t-on un appel *urbi et orbi?* Les sauvages de la mer du Sud auront-ils voix délibérative à côté de la France et de l'Angleterre? Chaque lot sera-il grevé d'une servitude de passage au profit du voisin? Qui tirera les parts au sort? Voilà de grandes questions; je laisse à un nouvel ami de la paix universelle et éternelle le soin de les résoudre autrement que l'humanité ne l'a fait jusqu'à ce jour.

C'est au surplus cette question de la liberté des mers, qui, au dix-septième siècle, fut discutée par Grotius dans l'intérêt de la Hollande (1), et par Selden dans l'intérêt de l'Angleterre (2), et qui remua à

(1) Dans son ouvrage intitulé : *de Mari libero.*

(2) Dans son ouvrage intitulé : *Mare clausum.*

cette époque la politique commerciale de ces deux états. La victoire est restée à Grotius, défenseur de la liberté et du bon sens contre la jalousie étroite et sophistique de la Grande-Bretagne. Tout ce à quoi les souverains peuvent prétendre d'après les notions désormais arrêtées sur ce point, c'est de convenir du rayon voisin des côtes jusqu'auquel leur domination respective pourra s'étendre. Les traités de commerce ont en général fixé cette distance de deux à quatre lieues (1). Au-delà, la navigation est libre, et la surveillance des douanes ne peut inquiéter les vaisseaux qui transportent des marchandises prohibées.

143. C'est par ces idées que se résout une autre difficulté, qui consiste à savoir si un peuple peut, par la prescription, conquérir le droit de pêche exclusive sur certaines parties de la mer (2). La négative est certaine. La plus longue possession ne saurait ici rien fonder de durable et de solide. Elle ne s'appuie que sur des actes passagers, intermittans, et qui ne laissent aucune trace après eux. Quelque répétés que soient ces actes, ils n'indiquent jamais le passage de l'homme; ils ne gravent pas son effigie sur l'onde mobile, comme le sillon l'imprime sur le sol fertilisé. Ils ne peuvent pas lui assimiler l'élément rebelle, puisqu'il n'est propre à rien conserver de son industrie et de son génie créateur. Là, il est évident que l'homme ne travaille que pour le moment: l'avenir n'a pas de prise pour lui dans cette région de l'instabilité.

Seulement, les nations se sont attribué le droit de faire entre elles des traités pour régler la pêche, soit exclusive, soit simultanée, au profit de leurs sujets.

(1) La loi du 4 germinal an 2, tit. 2, art. 3, fixe le rayon à quatre lieues.

(2) Grotius, *de Mari libero*, cap. 7. Dunod, part. 1, ch. 12, p. 78.

Mais c'est là l'effet de conventions qui font partie du droit positif, et qui règlent l'usage plutôt que la propriété de certaines parties de la mer. En l'absence des traités, la liberté des mers, soit pour la navigation, soit pour la pêche, est le droit commun (1).

144. Passons maintenant aux choses qui sont imprescriptibles, non pas parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'appropriation, mais parce qu'elles sont publiques, c'est-à-dire parce qu'elles font partie du domaine public pour la propriété, et que l'usage seul en est réservé aux citoyens pris isolément.

Les eaux courantes sont classées par Justinien dans le rang des choses communes, comme l'air. *Naturali jure, communia sunt aer, aqua profluens* (2), dit-il d'après Marcianus (3).

Si Justinien a voulu dire qu'une eau qui se renouvelle sans cesse peut servir à un usage momentané qui ne l'absorbe pas, de telle sorte que le voyageur qui passe auprès d'une source puisse s'y désaltérer, et ne commette pas de vol en puisant l'eau nécessaire pour étancher sa soif, sa proposition est vraie dans tous les cas; car cet emploi ne porte aucun dommage à la source; elle ne nuit en rien à son abondance. C'est le cas de dire avec Cicéron : « Accordons même à un inconnu ce qui « ne coûte rien à donner. N'interdisons à personne une « eau courante ; laissons prendre du feu à notre feu ; « conseillons de bonne foi celui qui délibère ; car ce « sont des choses qu'on reçoit avec profit et qu'on « donne sans perte (4). » Mais, hors de là, la classifi-

(1) M. Vazeille, t. 1, n° 83, p. 87 et suiv.

(2) *Inst., de Rer. divis.*, § 3.

(3) L. 2, § 1, D. *de Rer. divis.*

(4) « *De Offic.*, lib. 1, cap. 16. « *Quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto; ex quo sunt illa communia, non prohibere aquâ profluente, pati ab igne ignem capere, si quis velit;*

cation de Justinien ne peut être acceptée que sous toutes réserves.

En effet, l'eau courante qui surgit d'une source dépendante d'une propriété privée n'appartient qu'aux maîtres du sol, et nul ne peut se servir de cette eau d'une manière préjudiciable à ce dernier. Cicéron, que je viens de citer, a fort bien marqué cette limite, et le philosophe s'est montré plus exact que le jurisconsulte romain et le législateur de Constantinople. « Mais, « comme la fortune de chaque homme est bornée, « dit-il, tandis que la foule des indigens est innom« brable, mesurons nos libéralités journalières sur la « règle d'Ennius, *de manière que le feu nous reste* (1). » Ainsi, celui qui voudrait s'arroger le droit de détourner les eaux ou de les absorber pour quelque cause que ce soit, ou qui prétendrait gêner la liberté du propriétaire en se créant un droit de puisage ou d'abreuvage, celui-là empiéterait sur une propriété privée ; il usurperait sur la chose d'autrui. Il est donc faux de dire d'une manière si générale que l'eau courante est commune à tous les hommes. On vient de voir un cas où elle est soumise à l'empire de l'appropriation privée, où elle est par conséquent dans le commerce et susceptible de prescription.

Mais, si l'eau courante est celle d'un fleuve ou d'une rivière navigable (2), il n'en est plus de même, et l'on se rapproche de la proposition de Marcianus et

---

consilium fidele deliberanti dare : quæ sunt iis utilia qui accipiant, danti non molesta. »

(1) « *Sed quoniam copiæ parvæ singulorum sunt, eorum autem qui his egeant infinita est multitudo, vulgaris liberalitas referenda est ad illum Ennii finem*, nihilominus ipsi luceat. » (*Loc. cit.*)

(2) Art. 538, C. civ. Ord. de 1669, tit. 27, art. 41. Loi du 22 novembre 1790, art. 2. Loi du 6 octobre 1791, tit. 1, § 1, art. 4.

Il en est de même des rivières simplement flottables (art. 538, M. Duranton, t. 5, n° 200. M. Garnier, *des Rivières*, n° 14).

On considère aussi comme dépendance du domaine public les bras non

de Justinien. Ces rivières sont publiques ; ce sont de grandes voies ouvertes par la nature pour communiquer d'un point du territoire à l'autre et pour faciliter les relations du commerce et des intérêts qui cherchent à s'entendre ; elles appartiennent à chaque peuple comme dépendance de son territoire, ou bien, comme le dit l'article 538 du Code civil, *elles sont considérées comme dépendantes du* DOMAINE PUBLIC (1). L'usage en est commun à tous, et chacun peut en user avec une égale liberté pour naviguer, pour débarquer, pour y exercer des droits de puisage et d'abreuvage. C'est là leur destination naturelle et nécessaire, et c'est pour cette raison que la loi a voulu que les héritages riverains fussent grevés de la servitude de marchepied ou de chemin de halage, pour faciliter l'accès des rivières à la navigation (2). Dès lors, elles sont soustraites au commerce privé, et nul ne pourrait se prévaloir d'un usage immémorial pour prétendre qu'elles entrent dans son patrimoine ; car cet usage ne serait pas le fait d'une possession exercée *animo domini*. Il serait la conséquence de la qualité publique de la chose, de la libre disposition qu'en a le public. Comment pourrait-on enlever au public, c'est-à-dire à la nation, une propriété, en vertu d'actes de jouissance qui n'ont eu lieu que parce qu'on a fait partie de ce même public, de cette même nation ?

Ceci posé, on voit la différence qui existe entre les eaux de la mer et les eaux des fleuves, des rivières et des sources. Nous l'avons dit et prouvé, les eaux de

---

navigables ni flottables des rivières navigables et flottables (arrêts du Conseil des 10 août 1694 et 22 janvier 1824. Dalloz, *Propriété*, p. 469, n° 7). Les rivières flottables à *bûches perdues* n'appartiennent pas à l'État. Garnier, n° 21.

(1) *Junge* Grotius, lib. 2, cap. 2, n° 12.

(2) Art. 650, C. civ. Ord. de 1669, tit. 28, art. 7.

la mer n'appartiennent à personne ; ni dans la possession, ni dans le travail, on ne trouve aucune raison de droit naturel ou de droit civil pour étendre jusqu'à elle le mot de propriété, appliqué dans son acception vraie et simple. Au contraire, les eaux des fleuves, des rivières et des sources sont toutes soumises à l'empire de la propriété. Les sources privées appartiennent aux particuliers ; les fleuves et les rivières navigables et flottables appartiennent à l'État, et l'usage seul en est attribué aux habitans de cet État, sans qu'ils puissent jamais passer de l'usage à la propriété.

145. Que dirons-nous des rivières non navigables ni flottables ?

D'après le droit romain, elles étaient réputées publiques (1), non pas qu'elles fussent communes comme l'air, l'eau, la mer, et qu'elles n'appartinssent à personne ; car elles étaient la propriété du peuple romain; l'usage seul en appartenait à tous ; chaque citoyen pouvait y pêcher, y puiser de l'eau, s'y baigner, etc. Lorsque leur lit venait à se dessécher, il appartenait aux riverains (2). Suivant Connanus (3), il faudrait même aller jusqu'à dire que le lit couvert par les eaux était la propriété des riverains, quoique le fleuve fût dans le domaine du peuple romain. *His fit perspicuum, fluminis alveum ut et ripas ejus, esse eorum quorum fundis inhærent; ideòque natam in medio flumine insulam esse communem iis qui utramque ripam suis prædiis attingunt... Est enim alveus fluminis dominorum vicinorum; flumen autem proprietate est publicum.* Il est vrai que Vinnius (4) voulait que le

(1) *Inst., de Rer. divis.*, § 2. Connanus, lib. 3, cap. 2, n° 3.
(2) L. 7, § 5, D. *de Acq. rer. dom. Inst.*, *loc. cit.*, § 23.
(3) *Loc. cit.*, n° 5, p. 151, col. 2, lettre C.
(4) *Inst., de Rer. divis.*, § 2.

lit non desséché appartînt, comme fleuve, au domaine public. Mais peut-être pourrait-on élever beaucoup d'objection contre cette opinion, surtout en s'appuyant sur la loi pénultième au D. *de Acq. rerum domin.*

En France, on suivait d'autres règles. Les rivières dont il s'agit appartenaient presque partout au seigneur haut-justicier, comme indemnité des charges qui pesaient sur lui pour l'administration de la justice (1); il profitait même de l'alluvion et du lit abandonné.

Depuis l'abolition de la féodalité, le silence de la loi sur la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables a donné lieu à des dissidences sur la question de savoir à qui ils appartiennent.

M. Merlin pense qu'ils forment une sorte de propriété publique, comme la petite voirie (2). Il se fonde 1° sur ce qu'un avis du Conseil-d'Etat du 27 pluviose an 13, approuvé le 20 du même mois, en accordant le droit de pêche aux riverains, déclare cependant qu'ils ne pourront plus y avoir droit si par la suite la rivière devient navigable; 2° sur ce que l'article 563 dispose, dans certains cas, du lit abandonné, et le donne à d'autres qu'aux riverains (3).

D'autres auteurs, au contraire, pensent que les rivières non navigables ni flottables sont la propriété des riverains (4). C'est pourquoi les îles et attérissemens qui se forment dans leur sein appartiennent à ces derniers (art. 561 du Code civil); c'est pourquoi encore les riverains paient la contribution foncière jusqu'au milieu du

(1) Coquille, sur l'art. 1, tit. 16, *de Nivernais*. Loisel, *Inst. Cout.*, liv. 2, t. 2, n° 5. Loyseau, *des Seigneuries*, ch. 12, n° 120. *Répert.* de M. Merlin, v° *Moulin*, p. 425, et v° *Ile*.

(2) V° *Rivière*, t. 17.

(3) M. Proudhon suit cette opinion dans son *Traité du Domaine public*, t. 3, p. 333.

(4) M. Toullier, t. 3, n° 144. M. Garnier, *des Rivières*, t. 2, n°

lit, supportent la charge du curage, et sont propriétaires exclusifs du droit de pêche. Enfin, ajoute-t-on, l'article 644 confirme ce principe, puisqu'il permet à celui dont la rivière traverse la propriété de la détourner, à la charge de la rendre, à sa sortie, à son cours ordinaire.

Ces deux opinions se sont contradictoirement posées devant la cour de cassation, dans une espèce où l'on déférait à sa censure un jugement du tribunal d'Argentières, qui avait fait prévaloir l'opinion de M. Merlin(1). Mais, par son arrêt du 11 février 1834, la cour suprême a laissé la question indécise, et nous applaudis-

(1) *Voyez*, dans le recueil de M. Dalloz (34, 1, 108), la discussion soutenue par Me Crémieux, dans l'intérêt du pourvoi, et par Me Dalloz, dans le sens de l'opinion de M. Merlin. Je ferai remarquer une erreur échappée à Me Dalloz dans son mémoire, d'ailleurs [illegible] érudit. Il croit que les rivières non navigables étaient *sans maîtres* dans le droit romain; *qu'elles n'appartenaient à personne par leur condition naturelle*, et il pense qu'il doit en être de même aujourd'hui. Je discuterai tout à l'heure la question en ce qui concerne le droit nouveau; mais, à l'égard du droit romain, la proposition de Me Dalloz est fautive. Les rivières navigables ou non navigables étaient la propriété du peuple romain; l'usage seul en était à tout le monde, suivant certaines conditions. Tous les interprètes ont relevé l'erreur de Placentinus, qui avait enseigné que ce qui était commun était public, et réciproquement (*voyez* Janus à Costa, sur *les Institutes, de Rer. divis.*, p. 101). C'est précisément cette confusion que reproduit Me Dalloz; les choses communes, c'est-à-dire impartageables, non susceptibles de propriété privée, et appelées, à cause de cela, *res nullius*, sont l'air, la mer, l'eau courante, etc. Mais les choses publiques ne sont pas sans maîtres; elles ne sont pas *res nullius*; elles appartiennent à l'État ou à une cité; elles sont dans leur domaine: seulement l'usage en sert à tout le monde. Entre elles et les biens patrimoniaux de l'État il y a cette différence, que ceux-ci consistent en revenus qui sont versés dans les caisses du Gouvernement et de la commune, tandis que les choses publiques consistent *in usu*. Mais elles ne sont pas hors de l'appropriation; elles sont dans le domaine du peuple, qui a la souveraineté du territoire. Le jurisconsulte Connanus a insisté avec force sur cette différence entre les choses communes, ou *res nullius*, et les choses publiques (lib. 3, cap. 2, no 2, p. 149, col. 2, lettre D.). L'assertion de Me Dalloz me paraît d'autant plus inexacte qu'il cite Vinnius, qui a écrit dans le même sens que Connanus et Janus à Costa. Il est vrai que Me Dalloz, pour corroborer son système, réduit ce droit de la nation romaine à une sorte de droit de surveillance et de police; mais ce n'est pas assez dire, la propriété était à elle.

sons ici à sa réserve, parce que la solution de ce point de droit était inutile pour statuer sur le fond du pourvoi.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que cette question est une des plus difficiles que la jurisprudence puisse rencontrer; et je serais presque tenté de l'appeler, avec Montaigne, *question pour l'ami*, tant les textes sur lesquels on discute sont à la fois contraires les uns aux autres, et cependant imposans par leurs conséquences.

Voici cependant l'opinion que je proposerai avec quelque confiance, parce que je l'ai plusieurs fois soumise au creuset de l'étude et de la critique.

Lorsque la féodalité eut succombé sans retour sous les coups de la révolution de 89, le législateur s'occupa de partager ses dépouilles. Le 23 avril 1791, l'Assemblée constituante rendit un décret par lequel elle chargea quatre de ses comités de lui présenter incessamment des principes généraux et constitutionnels sur la propriété des cours d'eau. Mais cet ordre resta sans exécution. Que devint donc alors le domaine des rivières non navigables ni flottables, qui, comme je l'ai dit il n'y a qu'un instant, appartenait, avant la ruine de la féodalité, aux seigneurs hauts-justiciers? Il est certain qu'il passa à l'Etat, successeur des seigneurs dans la haute justice. En effet, la féodalité, qui avait morcelé et localisé la souveraineté, non par l'effet d'une usurpation, comme le répète sans cesse et toujours à tort l'ancienne école historique (1), mais parce que, la centralisation romaine ayant péri sous le poids de sa propre grandeur, il n'y eut plus d'unité de pouvoir

(1) C'est ce que je crois avoir établi dans un petit écrit intitulé : *de la Souveraineté des ducs de Lorraine sur le Barrois mouvant*, avec l'autorité de MM. Thierry (Augustin), et surtout de M. Guizot, qui a apprécié avec tant d'intelligence et de bon sens le vrai caractère du moyen âge. *Voy.* aussi la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 8 et 162. J'y reviens sur la même idée.

possible là où il n'y avait plus unité de nation et d'intérêts; la féodalité, disais-je, avait investi ses petits suzerains du droit de haute justice, attribut de leur quasi-souveraineté; et, comme ce droit entraînait des frais après lui, les seigneurs avaient doté leur fisc de certains émolumens qui leur permettaient d'y faire face. Parmi ces émolumens se trouvait la propriété et la police des petits cours d'eau. Mais lorsque la centralisation eut repris, après de longues années de luttes et d'efforts, sa revanche contre l'esprit local (1); lorsqu'elle eut proclamé l'unité de pouvoir comme conséquence de l'unité de territoire opérée peu à peu par l'habileté de nos rois, la justice sortit de l'étroite enceinte des seigneuries; elle remonta à une source plus haute; elle devint l'attribut nécessaire de la grande souveraineté nationale, une et indivisible; et, par une conséquence qui frappe par son évidence, elle y apporta les profits accessoires dont elle avait été investie dans la main des seigneurs. La centralisation la recueillit avec l'héritage de tout ce qui avait marché après elle pendant qu'elle était à l'état de morcellement. Dès lors le droit romain sur la propriété des petites rivières fut en quelque sorte ressuscité par cette révolution. On put dire avec lui : *Flumina autem omnia publica sunt* (2).

Mais cet état de choses fut-il définitif? ne subit-il pas des modifications ultérieures? L'Etat resta-t-il dans son droit de propriété absolue? On va voir que non.

Le titre de *la Propriété* du Code civil fut publié en 1804; et, chose singulière, après avoir classé les rivières navigables et flottables parmi les dépendances

---

(1) *Fecisti patriam diversis gentibus unam* (vers de Rutilius, dans son *Itinéraire*).

(2) *Inst., de Rer. divis.*, § 2.

du domaine public (art. 538), il garde le silence sur les petites rivières. Ce n'est que dans le chapitre intitulé : *du Droit d'accession*, qu'on trouve quelques dispositions indirectes qui peuvent mettre sur la voie d'une question que le législateur romain avait cru devoir résoudre sans hésitation. Voyons le parti qu'on peut tirer de ces textes.

Après avoir décidé, dans l'article 560, que les îles qui se forment dans le lit des rivières navigables appartiennent à l'Etat, le Code établit dans l'article suivant que les îles nées dans les rivières non navigables sont la propriété des riverains. Notez bien que ces deux dispositions sont écrites sous la rubrique du *droit d'accession*, et que l'article 560 applique très-rationnellement aux rivières navigables la règle que *l'accessoire suit le principal*. C'est en effet parce que l'Etat est propriétaire de ces rivières et de leur lit, que l'accessoire surgi dans leur sein est la propriété de l'Etat. L'article 560 n'est que le corollaire de l'article 538.

Or, lorsque nous voyons le législateur se montrer si *logique* dans l'article 560, pourrons-nous supposer que tout d'un coup il soit demeuré infidèle et à son titre et aux lois du raisonnement dans l'article 561? Ne devrons-nous pas dire que l'attribution, au riverain, de l'île née dans la rivière non navigable, est une preuve que le principal, c'est-à-dire le lit, appartient à ce même riverain; de même que l'attribution, à l'Etat, de l'île née dans les rivières navigables, découle de la propriété de l'Etat sur le fleuve et sur son lit? Puisqu'il s'agit d'accession dans ce chapitre du Code, n'est-ce pas par la force du droit d'accession que l'île de la rivière non navigable appartient au riverain? Et à quoi l'île accède-t-elle? Est-ce au rivage? Non; car autrement il faudrait donner aux riverains l'île des rivières navigables. L'île accède au lit; elle est l'accessoire, la

partie inhérente et indivisible du lit. Là où est la propriété du lit se trouve la propriété de l'île. Voilà l'argument donné par l'article 560 ; il ne saurait être fautif dans l'article 561.

Je sais bien que, par le droit romain, l'île née dans le sein des rivières appartenait aux riverains, quoique ces cours d'eau fussent du domaine public (1). Mais quelle en était la raison? C'est que le lit desséché était attribué par la loi aux propriétaires des héritages bordant ce cours d'eau, et qu'on considérait une île comme une partie mise à sec de ce même lit (2). D'après le Code, il n'en est plus de même : le lit desséché appartient, à titre d'indemnité, au propriétaire sur l'héritage duquel la rivière s'est ouverte un cours nouveau (art. 563). Si donc l'île entre dans le domaine du riverain, ce n'est pas à titre de partie du lit desséché; ce n'est pas non plus à titre d'accessoire du rivage. Ce ne peut donc être que comme accédant au lit; ce n'est, en un mot, que par le même principe qui a dicté l'article 650. Je crois donc que l'Etat s'est dépouillé, au profit des riverains, de la propriété du lit des rivières qu'il avait depuis la ruine de la féodalité. C'est la seule manière d'entendre logiquement l'article 561. Le silence de l'article 538 confirme cette conclusion, et, en procédant par voie de prétérition, le législateur a fait ici quelque chose de très-significatif.

Ce qui me confirme dans cette opinion, c'est que l'avis du Conseil-d'État du 27 pluviose an 13 a déclaré la pêche des rivières non navigables démembrée du domaine public, et que, contrairement aux lois romaines, qui voulaient que la pêche appartînt à tous (3),

(1) Pomponius, l. 30, § 2, D. *de Acq. rer. dominio.*

(2) Pothier, *Pandectes*, sur la loi précitée, note (k), et Caïus, l. 7, § 5, D. *de Acq. rer. dom.*

(3) *Inst. de Rer. divis.*, § 2.

cet avis l'a attribuée aux riverains (1). Ajoutez à cela l'obligation où sont les riverains de payer les contri-

---

(1) Et la loi du 15 avril 1829, art. 2, a confirmé ce droit, en ajoutant que, si un cours d'eau était rendu navigable, il serait attribué aux riverains une indemnité pour perte du droit de pêche. Dans la discussion de cette loi, il a été proclamé, par tous les orateurs de la Chambre des pairs, que le lit des petites rivières est propriété privée. Voici surtout ce que disait le rapporteur, M. le marquis de Malleville : « L'ordonnance de 1669, comme la loi de l'an 10 et le C. civ., ne com- « prennent dans le domaine de l'État que les *seules rivières navigables* « *et flottables*. La propriété des autres cours d'eau semble donc, par « cela même, devoir être considérée *comme la propriété du riverain*; « et telle est, en effet, l'opinion générale des divers auteurs qui se « sont occupés de cette matière. Or, *comme le droit de pêche n'est* « *que l'accessoire de la propriété*, il en résulte nécessairement que ce « droit n'appartient à l'État que sur les cours d'eau navigables, et qu'à « l'égard des autres, c'est aux riverains qu'il appartient de l'exercer. « *Ce principe se trouve déjà consacré par la délibération de la* « *Chambre sur l'art.* 2 ; mais une des conséquences inévitables qu'il « entraîne est la nécessité d'indemniser les riverains lorsque l'État les « dépouille de leur droit pour cause d'utilité publique. *Sans doute la* « *propriété des cours d'eau ne ressemble pas en tout aux propriétés* « *ordinaires, et elle est soumise à quelque restriction dans l'intérêt* « *général; mais ce n'est pas moins une propriété*, et une indemnité « est due pour la privation des droits qui en résultent..... On a objecté, « contre la proposition faite à cet égard par la commission, que le C. « civ., art. 563, en attribuant, dans le cas de déplacement du lit d'une « rivière, le lit abandonné pour indemnité au propriétaire des terrains « remplis par le nouveau lit, semblait avoir décidé que le lit de la ri- « vière n'appartient pas au riverain. Mais, quand il serait vrai que telle « serait la conséquence à tirer *d'une disposition faite pour un cas* « *exceptionnel*, il faudrait toujours remarquer que dans le § cité il ne « s'agit ni de la propriété du sol, ni de celle du cours d'eau, mais « seulement de celle du droit de pêche, que le projet lui-même attribuait « aux riverains. »

On remarquera que cette opinion est d'autant plus grave qu'elle est l'expression du vœu de la commission, qui avait proposé d'office le § tendant à indemniser le riverain dépossédé du droit de pêche, § qui n'existait pas dans le projet.

Il est vrai que le ministre des finances combattit l'idée que les riverains sont propriétaires de la rivière; il soutint que les rivières non navigables ni flottables sont propriété publique; il invoqua l'art. 563, qui est loin de le prouver.

M. Malleville maintint ses assertions, et M. d'Argout, pour les confirmer, invoqua le fait que le Gouvernement lui-même porte, au nom des riverains, sur le cadastre et sur les rôles de l'impôt, les portions

butions jusqu'au milieu du lit de la rivière; et vous serez convaincus qu'il n'est pas possible que les riverains soient restés sans droit privé sur le lit des rivières non navigables.

Mais, en se dépouillant volontairement de ce lot qu'il avait trouvé dans l'héritage de la féodalité, l'État a-t-il complètement abdiqué son droit au profit des riverains? n'a-t-il pas fait des réserves dans l'intérêt public?

D'abord, au moment même où, par l'article 561, le législateur faisait passer le lit dans le domaine du riverain, il y apportait une condition limitative, qu'il était assurément le maître d'imposer; c'est que, dans le cas où la rivière se détournerait ailleurs, le lit desséché deviendrait la juste indemnité du propriétaire sur l'héritage duquel la rivière se serait ouvert un nouveau cours; l'Etat, qui se dépouillait, était libre de partager ses faveurs ainsi qu'il le jugeait convenable.

---

du lit des rivières non navigables qui bordent leur propriété, ou qui y sont enclavées.

M. de Peyronnet soutint le même avis, et, en homme à qui l'on ne peut refuser un coup-d'œil pénétrant, il le plaça sur des bases inébranlables par les art. 560 et 561, qu'il signala comme de nature à trancher la difficulté.

M. de Barante reconnut aussi que l'État n'a qu'un droit de police, et non un droit de propriété, sur les cours d'eau non navigables.

Enfin, revenant à la charge, le ministre des finances déclara qu'admettre le § proposé par la commission, ce serait reconnaître que les riverains sont propriétaires des cours d'eau non navigables ni flottables, tandis qu'ils ne sont qu'une propriété pour l'usage du public.

M. de Pontécoulant réfuta cette assertion, et « fit observer, au sur« plus, que sans examiner si les riverains sont propriétaires du lit, il « suffit que le droit de pêche soit reconnu pour que la privation donne « lieu à indemnité. » Ce § fut adopté.

Ainsi, le ministre des finances resta seul à défendre le domaine public; aucune voix ne s'éleva à l'appui de son système. Je demande si le vote de la Chambre, combiné avec la discussion, et surtout avec les motifs qui ont déterminé la commission, ne forme pas le préjugé le plus fort en faveur de l'opinion que je défends.

Ce n'est pas tout; il restait encore à pourvoir aux intérêts éventuels du public, qui peut trouver un grand avantage à ce qu'une rivière non navigable soit, par des travaux d'art, convertie en un cours d'eau propre à la navigation. Le Code n'avait pas voulu apporter des entraves à ce droit de haute administration; il s'était efforcé de ne laisser échapper aucun mot qui pût laisser croire que l'Etat ne pourrait désormais faire rentrer dans son patrimoine les cours d'eau non navigables, dont il se dessaisissait fragmens par fragmens. De là, le langage détourné, les dispositions indirectes qui se rencontrent, dans le chapitre de l'*Accession*, sur les petites rivières. C'est une ambiguïté calculée exprès pour concilier l'intérêt privé, qu'on voulait favoriser, avec les droits éventuels du public, qu'il n'était pas encore temps de définir, parce qu'on se réservait de s'en occuper avec plus d'étendue dans des réglemens administratifs ultérieurs. Eh bien! ce droit éventuel de l'Etat a été écrit un peu plus tard dans l'avis du Conseil-d'Etat du 27 pluviose an 13, presque contemporain du Code civil.

Ainsi donc, depuis le Code civil, il s'est opéré une grande innovation dans la propriété des rivières non navigables. Les riverains ont eu leur part; les individus indiqués dans l'article 563 ont eu la leur à titre d'indemnité; l'Etat a conservé un droit conditionnel, une sorte de droit de retour, fondé sur la nécessité publique. Cette répartition est très-équitable; elle concilie tous les intérêts, comme elle met d'accord tous les textes qui, au premier coup-d'œil, semblent se contrarier; elle rend à l'article 561 la prépondérance qu'il doit avoir si on le confère avec l'article 538, qui ne classe pas les petites rivières dans le domaine public.

C'est faute d'avoir voulu en tenir compte que M. Proudhon, si bien fait pour éclaircir une diffi-

culté, n'a réussi qu'à obscurcir celle-ci (1). Il cite d'abord la loi du 22 décembre 1789 = 1er janvier 1790 (2), qui charge les administrations de départemens de veiller à la conservation des propriétés publiques, à celles des forêts, *rivières*, chemins et autres *choses communes*. Il y aurait bien des choses à dire sur l'interprétation que M. Proudhon donne à ce texte; on pourrait soutenir qu'il ne s'oppose pas plus à ce qu'il y ait des rivières privées que des forêts particulières; qu'ainsi il laisse la question indécise; que, d'ailleurs, les rivières non navigables ne sont pas communes (3), puisque la pêche n'appartient qu'aux riverains, et que c'est arbitrairement que M. Proudhon applique aux rivières ces mots, *et autres choses communes*, qui terminent l'article, tandis qu'il ne lui vient pas dans la pensée de l'étendre aux forêts, que le même article place à côté des rivières; qu'enfin, nul ne conteste que la police des eaux intéresse l'administration, chargée de prévenir les inondations, de veiller au curage (4), de donner les niveaux, même pour les étangs et cours d'eau privés (5); qu'ainsi rien n'est plus simple que de voir la loi du 22 décembre charger les administrations de départemens de surveiller toutes les rivières quelconques, sans que cela préjuge en rien la question de propriété au fonds. Mais il y a une réponse plus péremptoire et plus directe; c'est que, cette loi étant

---

(1) *Voy.* son *Traité du Domaine public*, t. 3, p. 343 et suiv.

(2) Sect. 3, art. 2, § 5, 6. M. Lepec, t. 1, p. 38.

(3) Voy. *suprà*, la note où je réfute Me Dalloz.

(4) Loi du 14 floréal an 11.

(5) Cassat., 4 février 1807. *Répert.*, vo *Cours d'eau*. Loi du 12 août 1790, en forme d'instruction, ch. 6 : « Elles doivent diriger enfin *toutes* « *les eaux* de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après « les principes de l'irrigation. » (Lepec, t. 1, p. 215.)

antérieure au Code civil, n'a rien à faire à la question. J'en dirai autant de la loi du 3 frimaire an 7 (art. 103), qui décide que les rues, les places publiques servant aux foires et marchés, les grandes routes, les chemins publics, vicinaux, *et les rivières* ne sont pas cotisables. Depuis que le Code civil a attribué aux riverains le lit des rivières non navigables, les propriétaires paient la contribution jusqu'au milieu du lit (1).

M. Proudhon a cru trouver un argument sans réplique dans l'article 557 du Code civil, qui donne l'alluvion et le relais au propriétaire de l'héritage à côté duquel l'eau vient à s'éloigner. Voici le parti qu'il en tire : « Il n'est pas vrai que les riverains soient propriétaires du lit; car, s'ils l'étaient, la loi ferait, des attérissemens et des relais, un fonds commun qu'elle répartirait entre eux. Au lieu de cela, elle attribue le relais au rivage dont la rivière s'éloigne; et, ce qu'il y a de frappant, elle le lui donne en entier, quand même la rivière se serait retirée de toute sa largeur; en sorte qu'elle enlève au propriétaire vers qui la rivière se jette la moitié de l'ancien lit, que cependant on prétend être sa propriété, d'après l'article 561. C'est donc une chimère que ce droit de propriété privée dont on gratifie les riverains : il n'existe ni pour la moitié du lit ni pour aucune de ses parties. »

J'en demande pardon à M. Proudhon. Mais des raisonnemens si hasardés n'indiquent-ils pas la faiblesse d'un systême? Où donc M. Proudhon a-t-il vu que le propriétaire du lit de la rivière dût nécessairement être propriétaire du lit laissé à découvert? Ne sait-on pas que, lorsque l'eau se retire et qu'il n'y a plus de rivière, on est forcé d'appliquer des principes différens,

(1) *Voy.* la discussion de la Chambre des pairs que j'ai rapportée tout à l'heure.

et que la transformation de la chose amène une transformation dans le droit? L'État est propriétaire des rivières navigables; leur lit lui appartient tant qu'il sert de véhicule à l'eau. Mais, si la retraite des eaux laisse à sec ce terrain, l'État cesse d'en être propriétaire : ce sont les riverains qui prennent sa place, par droit d'accession; car autre chose est la propriété du lit, c'est-à-dire du terrain couvert par l'eau; autre chose la propriété de rivage, c'est-à-dire du terrain à sec où le flot vient expirer, et le propriétaire du rivage peut n'être pas propriétaire du lit (1). Pourquoi donc suivrait-on une autre règle, lorsque ce sont les riverains eux-mêmes qui sont propriétaires? pourquoi un simple particulier serait-il plus favorisé que l'État? pourquoi l'article 557, qui, à l'égard du domaine public, ne sert de rien pour juger de la propriété du lit, aurait-il une valeur à l'égard des riverains? D'ailleurs, des raisons encore plus fortes conduisent au même résultat. Le rivage est mobile comme l'eau; tantôt il avance, tantôt il recule; ici il perd, un peu plus loin il gagne. La loi a voulu qu'il fût fixé et déterminé par le flot, compensant ainsi le bénéfice avec la perte. Cette chance vaut beaucoup mieux, suivant moi, qu'une indivision, source de difficultés et d'embarras, que réclame M. Proudhon.

Ensuite, je demanderai à M. Proudhon s'il reconnaît que l'article 557 est applicable à toutes les eaux courantes, même aux ruisseaux. Je crois que, sans témérité, on peut décider que ce savant professeur sera le premier à enseigner que l'article 557 ne comporte pas d'exception, et qu'il embrasse dans sa généralité toutes les eaux courantes. Comment dès lors M. Proudhon expliquera-t-il l'extension de cette disposition aux

(1) *Infrà*, n° 153, par exemple, pour les rivières navigables.

ruisseaux, que le docte écrivain reconnaît être dans le domaine privé des riverains (1)? Si le droit de relais a lieu pour les ruisseaux, comme on n'en peut douter, tous les raisonnemens de notre adversaire ne tombent-ils pas par là comme une vaine illusion?

M. Proudhon attache une grande importance au droit que peuvent avoir les non riverains de faire flotter sur les rivières non navigables à bûches perdues, sans payer un péage (2).

Mais, d'abord, l'objection de M. Proudhon va trop loin. Prise au sérieux, elle tournerait contre son propre système; car il reconnaît chez les riverains *un usufruit perpétuel, un domaine utile qui leur appartient* (3). Or, le droit gratuit de flottage à bûches perdues, si on voulait lui donner l'importance qu'y attache M. Proudhon, ne serait-il pas inconciliable avec ce domaine utile aussi bien qu'avec la propriété pleine et entière?

Mais, ensuite, je ferai observer que le droit de flottage a de tout temps été exercé à titre de servitude sur les cours d'eau, de quelque nature qu'ils soient; que, sous l'époque féodale elle-même, les seigneurs propriétaires des petites rivières étaient obligés de le supporter; et que le Code civil, en attribuant ces cours d'eau aux riverains, les a fait passer dans leurs mains grevés des charges que des lois supérieures à toutes les vicissitudes avaient imposées sur eux. On lit dans l'article 52 du titre 15 de l'ordonnance de 1669 : « Le transport, passage, voiture ou *flottage des bois*, tant par « terre que *par eau*, ne pourra être empêché ou arrêté « sous prétexte de droit de travers, péages, pontonages

(1) T. 3, p. 336 et 337.
(2) *Suprà*, n° 144.
(3) P. 358.

« ouvertre, *par quelque particulier que ce soit*, à peine
« de répondre de tous les dépens, dommages et inté-
« rêts des marchandises ; sauf à ceux qui prétendent
« avoir titre pour lever aucuns droits, de se pourvoir
« par-devant le grand-maître, qui y pourvoira ainsi
« qu'il appartiendra. »

D'après l'ordonnance de décembre 1672 (1), rendue pour l'approvisionnement de la ville de Paris, il est permis aux marchands de faire passer leurs bois *même par les étangs et fossés appartenant aux particuliers, qui sont tenus de faire faire l'ouverture de leurs parcs et basses-cours aux ouvriers, en les dédommageant s'il y échoit* (2).

Cette ordonnance a été confirmée par un arrêt du conseil du 7 septembre 1694, qui ordonne que les articles 52 du titre 15, et 45 et 46 du titre 17 de l'ordonnance de 1669, seront exécutés suivant leurs forme et teneur, et fait défenses à *tous les seigneurs, ecclésiastiques, particuliers*, officiers et autres, d'empêcher le transport des bois par terre et par eau, et d'en interrompre le flottage sur les rivières qui passent en leurs terres ou domaines, sous prétexte des dommages ou chômages causés par les bois flottans, à la charge et condition qu'après le transport et flottage des bois, et sans préjudice d'iceux, les marchands seront tenus de réparer et payer lesdits dommages et chômages suivant qu'il sera réglé, etc. (3).

Ceci posé, n'est-il pas clair que, si l'argument de M. Proudhon avait quelque valeur pour les petites rivières, il faudrait, pour obéir à la logique, en conclure que les étangs et fossés eux-mêmes sont dans le

---

(1) *Recueil alphab.* de M. Beaudrillart, vº *Flottage*.
(2) Art. 8.
(3) M. Beaudrillart, *loc. cit.*, p. 159.

domaine public, quoique l'ordonnance de 1672 dise en termes exprès *qu'ils appartiennent aux particuliers*?

Quand ensuite M. Proudhon se place en-dehors des textes pour se livrer à des considérations générales, il ne me semble pas plus heureux; il succombe (du moins je le crois) sur le terrain du raisonnement comme sur le terrain de l'exégèse. Je ne le suivrai pas dans ses hypothèses sur ce qui a eu lieu *à l'origine de la propriété foncière, et lors du partage que les hommes s'en sont fait entre eux*. Quoi qu'il en dise, on pourrait soutenir que les premiers occupans n'ont pas été sans intérêt à soumettre à l'appropriation privée les petits cours d'eau, et que des besoins analogues à ceux d'aujourd'hui ont pu diriger de ce côté leur activité et leurs travaux. Mais ne nous perdons pas dans des conjectures où la dispute a trop de prise; laissons de côté ce partage primitif auquel j'avoue que je ne crois pas; prenons notre point de départ dans le Code civil, qui a formulé le droit auquel nous sommes soumis. Eh! qu'y a-t-il donc d'inconciliable entre ses dispositions, telles que nous les interprétons, et la raison la plus sévère? Les petits cours d'eau ne sont-ils pas la cause d'une foule d'émolumens utiles, de nature à tomber dans le domaine de la propriété privée? M. Proudhon ne reconnaît-il pas lui-même que les riverains sont investis de la plupart de ces émolumens, de telle sorte qu'il leur attribue un domaine utile ou superficiaire sur les rivières non navigables? Il n'y a donc de différence entre lui et nous que par rapport au domaine dominant. Or, je demande si M. Proudhon avancera beaucoup la solution en nous objectant que les petites rivières ne sont pas de nature à tomber dans le domaine privé. Puisque, d'après lui-même, elles peuvent y entrer en ce qui concerne les profits utiles, pourquoi pas pour le domaine *tréfoncier*?

Il ne sert de rien d'insister sur ce que, « la puissance « d'une rivière étant indomptable par les forces hu« maines, elle se place d'elle-même hors de la sphère « du domaine de propriété, et ne peut être soumise « qu'au domaine public (1). » Le savant professeur fait la part des petites rivières beaucoup trop belle. A l'entendre, elles seraient comme la mer, qui brave par sa puissance le génie dominateur de l'homme. Mais c'est là de l'amplification. Sans chercher à faire de distinctions (très-légitimes d'ailleurs) entre celles qui sont assez considérables et celles qui le sont moins, je dis qu'il n'y a rien de plus facile que de les saisir par la possession. Leur lit n'est pas assez profond ni assez large pour qu'il ne puisse servir de base à des constructions, à des établissemens d'usines, à des digues et à des barrages ; on peut y jeter des ponts ; on peut en extraire du sable ; on y fait des prises d'eau. Ne sont-ce pas là des actes possessoires caractéristiques, durables, et laissant après eux la trace du passage de l'homme ?

M. Proudhon s'est donné une libre carrière, en faisant ressortir la nécessité de faire intervenir la police générale dans le régime des eaux. Je l'accorde à mon tour, sans cependant donner à cette intervention la même latitude que M. Proudhon ; mais ce droit de police n'a rien de commun, à mon sens, avec le droit de propriété. Il n'est pas rare de voir des propriétés privées soumises à certaines mesures de police spéciale (2). Ce qu'il faut considérer surtout, c'est qu'il n'y a pas un seul texte qui place les petits cours d'eau dans le domaine public ; c'est que la liberté et l'appropriation sont le droit commun, et que le

(1) P. 336.

(2) Les forêts en sont la preuve.

Code civil suppose invinciblement que les petites rivières sont l'apanage des riverains. Le droit commun et le Code civil méritent bien qu'on leur donne la préférence sur des systêmes plus ou moins ingénieux, mais qui n'ont pas de fondement dans les textes de la loi moderne.

Nous bornerons là notre discussion avec M. Proudhon, parce que les argumens auxquels nous avons répondu nous ont semblé les plus saillans de sa dissertation. En résumé, nous pensons que cet auteur va beaucoup trop loin lorsqu'il place les petites rivières dans le domaine public. Nous persistons à croire que l'État, considéré comme propriétaire, n'a sur elles qu'un droit de retour, dans le cas où il deviendrait nécessaire de rendre un petit cours d'eau navigable; et que, si l'administration est appelée à exercer sur les rivières une surveillance, ce n'est qu'à titre de police, et nullement au nom du droit de propriété.

146. De ces idées découle une double conséquence : la première, c'est que le droit réservé éventuellement à l'État survit à tous les actes de jouissance privée; la seconde, c'est que le droit des riverains sur la rivière peut être soit déplacé par prescription : par exemple, si on acquiert par ce moyen les terres au milieu desquelles passe ce cours d'eau (1); soit limité par la possession dûment continuée : par exemple, si l'on fouille le lit dans la partie appartenant à un riverain, si on y fait à son préjudice des extractions de sable et pierres, si on y coupe les joncs, les arbustes; si, en un mot, on enlève les autres produits du sol.

Et non-seulement on peut prescrire la propriété de la rivière comme un accessoire des bords, mais on peut même y acquérir des droits sans se prétendre pro-

(1) M. Garnier, n° 307, p. 236.

priétaire du rivage : ainsi, si on y établit, avec l'autorisation de l'administration, un barrage ou une digue, la jouissance de la hauteur des eaux pendant le temps suffisant pour prescrire fermera la bouche aux riverains supérieurs qui prétendraient souffrir un dommage (1).

On peut même aller beaucoup plus loin.

Aucune loi ne donne au Gouvernement le droit d'autoriser la création des usines sur les cours d'eau non navigables ni flottables, et l'usage contraire qui s'est établi n'est qu'un abus (2), qu'un débris de l'esprit envahisseur de l'administration impériale. Tout le pouvoir de l'autorité administrative se borne à fixer la hauteur des eaux (3) ; mais ce qu'il y a de très-remarquable, c'est que celui qui userait des eaux et les exhausserait sans avoir demandé à cette autorité un niveau réglementaire, ne commettrait un délit qu'autant qu'il causerait un dommage aux propriétés riveraines. L'article 16 du titre 2 de la loi du 6 octobre 1791 est formel contre celui qui ne tient pas les eaux à la hauteur fixée par le préfet ; il ne prononce qu'une amende basée sur l'étendue du dommage : d'où il suit que, s'il n'y a pas dommage, l'amende disparaît ; elle devient impossible à appliquer. L'article 457 du Code pénal est rendu dans le même esprit : il ne punit que le délit d'inondation par inobservation des réglemens administratifs. Si donc un particulier établit un moulin sur un cours d'eau privé, sans recourir à l'autorisation du pouvoir administratif, et s'il se donne un niveau qui ne nuise à personne par des inondations et des dommages qualifiés délits par la loi, aucun re-

(1) *Suprà*, n° 137.

(2) M. Merlin, t. 19, v° *Moulin*. *Consult*. de M. Sirey, t. 22, 2, 292. M. Pardessus, *Servit.*, p. 143 et suiv., n° 97.

(3) *Voy.* les lois citées *suprà*, nos 135 et 136.

proche ne pourra lui être fait devant les tribunaux répressifs, et l'administration sera impuissante pour exiger, par les voies administratives, la démolition de l'usine.

Ceci posé, on arrive à une conséquence irréfragable; c'est que la création d'un moulin sur un cours d'eau appartenant à autrui peut, alors même qu'il se serait élevé sans autorisation, se consolider par la prescription de trente ans, et le propriétaire du cours d'eau qui en aurait souffert le maintien pendant ce laps de temps serait réduit au silence : il ne pourrait ni faire disparaître l'usine, ni faire modifier son niveau d'eau. Aucune loi de police, aucun réglement d'intérêt général ne se présenterait ici pour enlever à cette possession son caractère purement privé (1); c'est ce que le Gouvernement a reconnu lui-même pour les moulins créés, avant la révolution, sur les eaux non navigables. Dans une instruction donnée, en 1804, au préfet de Loir-et-Cher par le ministre de l'intérieur, il est dit qu'on doit considérer comme fondés en titre les moulins dont l'existence sans trouble avait atteint le temps de la prescription (2). Depuis les travaux de codification opérés à la suite de l'abolition de la féodalité, où est la loi qui prive du bénéfice de la prescription les constructeurs d'usine?

Mais, pensons-y bien, lorsque nous parlons ainsi, nous entendons que la possession de l'usine n'est accompagnée d'aucune circonstance qui la fasse rentrer dans la classe des délits; car, si elle est une cause de dommages et d'inondations, son effet nuisible proteste sans cesse contre sa création, *perpetuò clamat*, et l'on rentre dans les règles que nous avons exposées aux

---

(1) *Junge* Mr Garnier, t. 11, nos 367.
(2) M. Pardessus la cite, *Servitudes*, no 96, p. 139.

numéros 135 et 136 : c'est alors que la hauteur des eaux est hors du commerce et imprescriptible.

147. Parmi les choses qui sont hors du commerce, on doit compter les eaux pluviales ou vicinales qui séjournent ou passent dans les lieux publics. Elles sont *res nullius*; elles appartiennent au premier occupant, et nul ne pourrait se créer, par la prescription, un droit privatif à les faire tomber dans sa propriété (1). La raison de ceci est qu'on ne s'en sert que comme habitant faisant partie du public, pour l'utilité duquel la nature les fait couler. Quand même on aurait pratiqué des ouvrages pour en faciliter l'écoulement chez soi, on n'aurait pas rendu sa condition meilleure, et l'on se trouverait dans une position identique à celle où l'on était auparavant; car les travaux d'écoulement ne seraient qu'un moyen de faciliter l'exercice du droit acquis à tout particulier; ce serait le droit du premier occupant rendu plus commode; mais il n'en est pas moins vrai qu'on n'aurait rien acquis de plus que le droit d'user de ces eaux comme habitant, comme fraction du public. Tout autre habitant aurait un droit égal si, le premier, il s'emparait de ces eaux, propriété de tous.

La jurisprudence offre différentes applications de cette règle : Jean Vuillemin d'Arçon avait, d'un temps immémorial, détourné dans son verger l'eau qui

(1) *Voy.*, à cet égard, l'espèce et la discussion d'un arrêt de la cour de cassation du 14 janvier 1823, qui consacre cette doctrine, et établit que ces eaux sont la propriété du premier occupant (Dall., *Servitudes*, p. 18. *Palais*, 1823, t. 3, p. 55). Dans cette espèce, les eaux pluviales coulaient dans un canal appartenant à la commune, et bordant le chemin public; on se fondait sur cette circonstance pour soutenir qu'elles avaient perdu leur caractère de *res nullius*. Mais il est à remarquer que la commune, qui seule peut-être aurait pu les réclamer comme sa propriété, était désintéressée dans le débat, et que d'ailleurs elle les avait laissées dans l'état de *res nullius*, les abandonnant au premier occupant.

coulait au voisinage le long de la rue publique. Le sieur Dornier, qui avait un héritage supérieur, la fit couler dans le sien. Vuillemin se pourvut, et fut débouté, sans aucun égard à la possession qu'il alléguait, par arrêt du 5 avril 1710, rendu sur ce qu'il n'était censé avoir usé que comme tout autre habitant aurait pu le faire, en se prévalant de l'avantage du lieu (1).

Voici une décision plus récente :

Boissière se servait de l'eau pluviale coulant sur le chemin public bordant immédiatement sa propriété. En 1823, Groult, propriétaire situé de l'autre côté du chemin, fait un barrage qui détourne les eaux et les fait refluer sur sa propriété. Boissière le cite en complainte.

Le juge-de-paix part de ce point que les eaux pluviales ne sont pas susceptibles d'une véritable possession; car elles ne coulent que momentanément après quelques jours de pluie, et elles disparaissent entièrement peu de temps après (2); et comme Boissière soutenait que le cours d'eau en question était formé par des sources vives, tandis que Groult soutenait qu'il n'était qu'un amas d'eaux pluviales, le juge ordonna que ce point serait avant tout vérifié. Cette manière d'envisager la cause était parfaitement logique, sauf les raisons sur lesquelles se fonde le juge-de-paix, pour dire que les eaux pluviales ne sont pas susceptibles d'une véritable possession; car, au lieu de celles qu'il mettait en avant, et qui sont souvent fautives (3), il aurait

(1) Dunod, *Prescript.*, p. 88. Cet auteur fait en note beaucoup de citations inexactes. M. Henrion, *Compét.*, p. 267. M. Pardessus, *Servit.*, 79. M. Duranton, t. 5, nº 159, p. 155. M. Garnier, *des Eaux*, 2e partie, p. 34.

(2) Nous verrons plus bas, nº 148, que cette raison est mauvaise, du moins en thèse générale.

(3) *Infrà*, nº 148.

dû s'arrêter au caractère de *res nullius*, évidemment empreint sur des eaux vicinales. J'ai fait remarquer que c'était là le point qui avait dominé dans la discussion de l'arrêt de 1710. Quoi qu'il en soit de cet aspect secondaire, il n'est pas moins certain que, tout dépendant de la nature des eaux pluviales, Boissière, malgré sa possession antérieure d'an et jour d'une chose appartenant à tous, ne pouvait en empêcher l'usage à Groult, premier occupant; vives, la thèse changeait de face, et la possession annale devenait considérable et décisive. Boissière se pourvut cependant par la voie de l'appel. Jugement qui confirme. Pourvoi en cassation, et arrêt du 21 juillet 1825, ainsi conçu :

« Attendu que, si l'on peut prescrire la possession « de certaines eaux, soit activement, soit passivement, en *construisant des ouvrages d'art* pour en « user ou pour s'en garantir, il est également certain « que les eaux pluviales, *dont le cours n'est qu'accidentel*, celles qui coulent sur la voie publique, ne « sont pas susceptibles d'une possession exclusive, et « peuvent être prises à leur passage par les propriétaires riverains, quand ils le jugent à propos : d'où « il suit qu'en ordonnant, avant faire droit, une expertise, le jugement attaqué n'a violé aucune loi; « rejette (1). »

On voit que la cour de cassation entend bien explicitement que le droit exclusif aux eaux vicinales ne peut s'acquérir, quand même on aurait créé des travaux d'arts apparens et permanens pour en procurer le détournement; mais nous verrons, au numéro 148, que son arrêt n'a touché que des raisons inexactes de décider, quoique au fond il soit parfaitement irréprochable.

(1) Dall., 25, 1, 366. *Palais*, 1826, t. 1, p. 207. Sirey, 26, 1, 407.

Et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de Colmar, par arrêt du 26 mai 1831 (1).

Le propriétaire d'un pré avait fait un fossé ou une rigole dans la partie supérieure, pour y faire parvenir les eaux pluviales provenant du chemin voisin. Après la mort de ce propriétaire, ses héritiers partagèrent le pré en deux portions; mais celui qui obtint dans son lot la partie inférieure prétendit que son cohéritier, propriétaire de la partie supérieure, devait maintenir la rigole et l'entretenir en bon état, pour procurer à la totalité du pré l'usage des eaux pluviales, qui, du vivant de l'auteur commun, l'avaient fécondé par le moyen de ce canal ou fossé d'irrigation. Il se fondait surtout sur la destination du père de famille. Mais la cour pensa que ce systême n'était pas admissible : elle prit pour son point de départ que les eaux pluviales, à cause de la discontinuité de leur cause, ne sont pas susceptibles de possession. C'était marcher en droit dans la fausse route donnée par la cour de cassation et faire une mauvaise application des lois romaines, ainsi que je l'établirai au numéro suivant. Une raison plus péremptoire était que les eaux pluviales coulant d'un chemin vicinal sont *res nullius*; qu'un particulier ne peut, par conséquent, y acquérir un droit privatif; que dès lors la destination du père de famille manquait de fondement, car elle suppose dans celui de qui elle émane une puissance certaine sur la chose qui fait le siége de la servitude. Mais qu'est-ce qu'une destination de père de famille pour soumettre à une servitude privée une chose qui appartient à tous? N'est-ce pas un effort stérile, une illusion de la volonté? Si le cohéritier de la partie inférieure veut profiter des eaux, il le peut comme premier occupant, mais non à titre

---

(1) Dall., 32, 2, 205. *Palais*, 1831, t. 3, p. 354.

Mais on ne permet, en général, de prendre à titre précaire que ce dont on n'a pas besoin; et ici les eaux pluviales, au lieu d'être un superflu qui manque d'emploi, sont au contraire une propriété nécessaire et précieuse. Loin de les laisser perdre, on les rassemble, on les dirige, on les utilise. La familiarité n'est donc pas à supposer. D'ailleurs, les ouvrages faits pour le détournement de l'eau, ouvrages permanens et apparens, excluent toute idée de provisoire et de tolérance. Enfin, ce n'est pas en fait que nous examinons la question et que nous pouvons la discuter. Les faits varient à l'infini : tantôt ils excluent la familiarité, tantôt ils marchent de concert avec elle. Nous raisonnons ici en droit, et nous supposons que la jouissance n'a pas été précaire. Or, je crois pouvoir me permettre cette supposition, parce qu'il ne répugne nullement à la nature des choses que la prise d'eau de pluie sur le fonds voisin soit un acte de possession fait *animo domini*; l'eau de pluie, réunie dans des réservoirs ou dirigée dans des canaux d'irrigation, a souvent autant de prix que l'eau vive, et des propriétaires voisins peuvent se la disputer avec la même jalousie. C'est ce qu'avait très-bien senti le deuxième projet du Code rural, art. 121 : « Le propriétaire du fonds supérieur a droit de pro-« fiter des eaux pluviales avant le propriétaire infé-« rieur, et sans que ce dernier puisse y mettre aucun « obstacle. Le propriétaire inférieur ne pourra se pré-« valoir, à cet égard, d'aucune possession contraire qui « ne serait fondée que sur le non usage du proprié-« taire supérieur, *et ne serait appuyée d'aucun ou-« vrage apparent fait par lui depuis un temps suffi-« sant pour prescrire.* »

Repousserait-on la prescription parce que les eaux de pluie sont intermittentes, et qu'elles ne peuvent pas servir de siége à une véritable possession? Cette objec-

qu'on trouverait de l'écho dans l'arrêt de la cour de cassation du 21 juillet 1825, et dans l'arrêt de Colmar du 26 mai 1831, que j'ai cités au numéro précédent. Elle s'appuierait même du texte des lois romaines ; car la loi 1, § 5, au D. *de Aquâ quotidianâ et æstivâ*, s'exprime en ces termes : *Loquitur autem prætor in hoc interdicto de eâ solâ aquâ quæ perennis est; nulla enim alia aqua duci potest, nisi quæ perennis est.* D'où il suit que le préteur n'accordait l'interdit que pour conserver la possession d'un droit d'aqueduc sur une eau perpétuelle, mais jamais sur des eaux coulant accidentellement.

Néanmoins, cette manière de voir me paraît sans fondement dans notre droit.

Lorsque la loi romaine tenait le langage que nous venons de rappeler, sur quoi se fondait-elle? Sur ce que, dans les idées des Romains, il fallait que la servitude eût une cause perpétuelle. Pothier en fait judicieusement la remarque, sur le texte précité (1) : *Servitutum enim causa naturalis et perpetua esse debet.* Et, en effet, Paul, dans la loi 28, au D. *de Servit.*, disait : *Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideò neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest* (2). Ainsi, dans le système romain, on poussait tellement la rigueur de cette idée, qu'on regardait comme impossible de constituer une servitude d'aqueduc sur un lac et sur un étang, parce que leurs eaux sont susceptibles de se tarir. Ulpien décidait même d'une manière générale que tout ce qui n'était pas eaux vives ne pouvait être grevé de la servitude d'aqueduc. *Hoc interdictum*, dit-il dans

(1) *Pand.*, t. 3, p. 2[illegible], t. 20, no 3, note *b*.
(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 257, no 16. *Junge*, l. 28, D. *de Servit. prædior. urban.*

la loi 1, § 4, au D. *de Fonte, hoc interdictum de cisternâ non competit; nam cisterna non habet perpetuam causam, nec aquam vivam. Ex quo apparet in his omnibus exigendum ut aqua sit viva. Cisternæ autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare si locus, piscina, puteus vivam aquam non habeat* (1).

Mais ces principes sont-ils reçus en France? Non, sans doute. M. Pardessus dit très-bien, dans son *Traité des Servitudes* : « Nous n'avons pas considéré comme « caractère essentiel aux servitudes la perpétuité de « leur cause (2); » et M. Merlin enseigne positivement la même doctrine (3). Il blâme Lalaure d'avoir soutenu, avec la loi 23, § 1, D. *de Servit. rusticor. præd.*, qu'on ne peut pas établir la servitude d'aller en bateau sur un lac qui tarit. « Le fondement de cette « loi, ajoute M. Merlin, portait sur *le prétendu prin-« cipe que la cause de la servitude doit être per-« pétuelle*... Quoique Heineccius ait aussi adopté cette « décision, elle n'en doit pas moins être rejetée. « Quand un lac tarirait pendant plusieurs mois de « l'année, j'aurais toujours un intérêt sensible à pou-« voir le traverser pour aller à mon héritage durant « les mois où il serait couvert d'eau; et cet intérêt suf-« fit pour qu'il me soit permis d'y acquérir une servi-« tude. »

C'est là le langage du bon sens, et il n'est personne qui ne soit frappé de ce qu'il a de vrai et de convaincant; tandis qu'avec la meilleure volonté du monde, on échoue à comprendre pourquoi la cause de la ser-

---

(1) Aussi Voët dit-il : *Aquæductus est jus aquæ ducendæ, non tamen ex puteo, vel stagno, vel lacu, aut piscinâ vivam aquam non habente* (*ad Pand.*, *de Servit. prædior. rust.*, n° 6).

(2) N° 5, p. 7.

(3) *Répert.*, v° *Servitude*, p. 530, § 13, col. 2.

vitude doit être perpétuelle. Consultons ce qui se passe autour de nous, ce que nous voyons tous les jours, ce que tous les jours nous trouvons raisonnable et fondé en utilité. Un égout transmet de tout temps, d'une maison dans une autre, les eaux ménagères. Viendra-t-il dans la pensée de qui que ce soit de dire que cette servitude doit cesser, parce que la cause n'en est pas perpétuelle? L'eau du ciel vient vivifier la campagne altérée, et, depuis un temps immémorial, je la conduis, par des ouvrages visibles, du fonds supérieur dans le mien. Qu'importe que l'eau provienne d'une cause accidentelle, si toutes les fois qu'elle tombe, toutes les fois que la cause reparaît, je suis là pour en profiter? N'ai-je pas un intérêt marqué à en jouir? n'est-elle pas aussi précieuse pour moi que si elle provenait d'une source vive? Est-ce avec des textes surannés et inexplicables que l'on viendra me prouver que mes jardins et mes prairies ont tort d'avoir besoin d'une eau qui ne surgit pas de terre? Non, sans doute: toutes ces subtilités du droit romain vont mal à la simplicité de notre jurisprudence, qui, partout où elle aperçoit un intérêt positif et licite, autorise un droit à le protéger. Il faudrait, une fois pour toutes, renoncer à nous faire Romains malgré nous. S'il y a dans les livres du droit romain d'excellentes règles dont nous devons profiter, il en est aussi d'inapplicables dont il faut se défier: sachons choisir avec discernement, et n'acceptons que sous bénéfice d'inventaire. C'est ce que n'ont fait ni la cour de cassation, ni la cour de Colmar; elles ont donné tête baissée dans le piége que leur tendaient les textes du *Digeste;* elles se sont égarées par trop de respect pour une grande autorité.

L'on disputera peut-être sur les articles 641 et 642, qui, en reconnaissant le droit d'aqueduc, parle de

source, et non d'eaux mortes et pluviales. Mais ces articles ne sont pas limitatifs. De ce qu'ils ont organisé nommément le droit à une source, ainsi que les restrictions dont il est susceptible, il ne s'en suit pas qu'ils aient adopté le système des lois romaines sur les autres eaux. Le silence du Code sur ce dernier point n'est qu'une lacune; c'est au droit commun à la combler.

Je n'ajouterai plus qu'un mot.

Les propriétaires inférieurs sont assujétis, par la situation des lieux, à recevoir les eaux pluviales qui s'écoulent naturellement (1). C'est là une servitude qui peut être onéreuse quand il y a surabondance d'eaux. Eh bien! la raison et l'équité ne conseillent-elles pas d'admettre une sorte de réciprocité, et de sanctionner, à titre d'indemnité, le droit de grever le fonds supérieur d'une servitude pour détourner ces eaux, quand elles peuvent être utiles à l'agriculture? Les deux héritages seront alors dans une position à peu près égale. De même que la situation des lieux impose une charge au profit du fonds supérieur, de même le travail de l'homme en imposera une autre d'une nature différente au profit du fonds inférieur: tout le dommage ne sera pas reporté d'un seul côté, et l'une et l'autre propriété auront tour-à-tour un avantage et un service à se réclamer respectivement.

Après cela, ce sera au juge à examiner les faits de la cause, à discerner les circonstances qui présenteront de la familiarité de celles qui en sont exemptes. Tout ce que j'ai voulu, c'est de protester contre ce qu'il y a de beaucoup trop absolu, et souvent même de faux, dans la doctrine de ceux qui établissent qu'en prin-

(1) Art. 640, C. civ.

cipe les eaux pluviales, recueillies dans un héritage privé, sont hors du commerce.

149. Poursuivons le détail des choses qui résistent à l'établissement de la prescription. Nous avons passé en revue les eaux de la mer, les eaux vives et les eaux pluviales; nous arrivons aux rades, ports et hâvres, qui, d'après l'article 538, font partie du domaine public, et qui sont imprescriptibles, à cause de leur destination publique (1). Néanmoins, si une rade vient à se combler, elle rentre dans le commerce, parce qu'elle cesse de servir à l'usage du public. La ville d'Aigues-Mortes, où saint Louis s'embarqua jadis pour la croisade, est aujourd'hui assez éloignée de la mer. Il y a de fréquens exemples de ces changemens, opérés par l'action de la mer qui pousse les sables et les accumule en se retirant. Ces terres d'alluvion, n'ayant plus aucun caractère public, sont prescriptibles, d'après l'article 2267 du Code civil, quand même elles appartiendraient au domaine.

150. Mais que dirons-nous des rivages de la mer, de ses lais et relais, et des bords des rivières navigables et flottables?

Le rivage de la mer s'étend jusqu'à l'endroit où le flot de mars parvient dans le moment de sa plus forte impulsion (2). Il appartient à tous, comme la mer, dont il fait partie; tous ont le droit de le parcourir pour se promener, se baigner, ramasser des coquillages, débarquer et s'embarquer, faire sécher les filets, mettre des barques sur la grève (3). Ceci posé,

---

(1) Dunod, p. 75. Grotius, *de Jure pacis*; lib. 2, cap. 2, nº 13, et cap. 3, nº 9.

(2) L. 96, D., *de Verbor. signif.*, ord. de la marine de 1681, liv. 6, tit. 7, art. 1. M. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Rivage*. Arrêt de cassat. du 23 juin 1830 (Dall. 30, 1, 307).

(3) *Inst., de Rer. divis.* Brillon, vº *Pêche*, rapporte un arrêt du

peut-on admettre qu'il soit prescriptible? Les opinions sont partagées à cet égard.

M. Toullier pense que la prescription peut y faire acquérir des pêcheries et des droits de prise d'eau par des saignées, afin d'établir, dans l'intérieur des terres, des marais salans, des moulins et autres établissemens (1).

Cette opinion me paraît susceptible de difficultés; il ne doit pas dépendre d'un individu de se créer sur une chose publique des droits qui en empêchent l'usage et en limitent la jouissance. Si le droit privé intervenait pour s'y arroger une puissance exclusive, elle cesserait d'être publique; sa destination serait intervertie, et c'est précisément ce que la loi ne veut pas. L'usage public, auquel elle est consacrée, la place hors du commerce; comme telle, elle est imprescriptible (2). Pour se faire des idées exactes sur cette vérité, qui a de l'importance, jetons un coup-d'œil sur la législation ancienne et moderne.

Et d'abord que disent les lois romaines?

Le jurisconsulte Neratius, regardant le rivage de la mer comme *res nullius*, croyait que le premier occupant pouvait s'y établir (3), et que les constructions qu'il y faisait lui appartenaient (4). Caïus décidait que les pêcheurs étaient libres d'y élever des barraques pour se donner un asile (5); et c'est aussi ce que Jus-

---

conseil du 10 janvier 1662, qui permet aux habitans de Saint-Josse-sur-Mer de prendre sur la côte les vers à pêcher, malgré l'abbé qui s'y opposait.

(1) T. 3, nº 479.

(2) *Junge* M. Garnier, t. 1, nº 62, p. 63.

(3) L. 14, D. *de Acq. rer. dom.*—*Junge* l. 30, § 4, *eod. tit.*

(4) Ce qu'il faut entendre en ce sens, que si les constructions venaient à tomber, un autre aurait pu se présenter pour occuper la place. On voit que cela ne donnait pas le droit réel de propriété, car ce droit survit à tout (Dunod, p. 77).

(5) L. 5, D. *de Rer. divis.*

tinien répétait dans ses *Institutes* (1). Ces constructions faisaient tomber dans l'appropriation la partie occupée, tant qu'elles subsistaient (2); mais il faut remarquer que celui qui voulait les faire devait obtenir la permission préalable du prêteur chargé de la police. C'est ce que nous apprend Pomponius (3), d'accord en cela avec Celsus (4) et Scevola (5). Or, la nécessité de cette autorisation prouve que les idées de Neratius n'étaient pas parfaitement justes sur la nature du rivage de la mer; quand une chose est *res nullius*, on n'a pas besoin d'autorisation pour en user. Neratius n'était fondé à qualifier le rivage de la mer *res nullius* qu'en ce qui concerne le droit de s'y promener, d'y aborder, etc.; c'est là, en effet, une faculté ouverte à tout navigateur et à tout passant, d'après la nature des choses. Mais, quand il s'agit d'aller plus loin, et de faire entrer une portion de ce territoire dans le domaine privé, il n'en est plus ainsi : l'État se présente avec son droit de police et de propriété supérieure; lui seul peut aliéner, parce qu'il est seul propriétaire foncier (6).

Ainsi, l'on peut dire que, par le droit romain, les rivages de la mer étaient une propriété publique du peuple romain (7), et par conséquent non susceptible de prescription, d'après la règle donnée par Caïus : *Usucapionem recipiunt maximè res corporales, ex-*

(1) *De Rer. divis.*, § 6.
(2) Connanus, lib. 3, cap. 2, n° 3, dit : *Tantum enim tuum est quantum edificio occupasti, quoniam id propriè jam desinit esse littus* (p. 150, col. 2).
(3) L. 50, D. *de Acq. rer. dom.*
(4) L. 3, § 1. D. *Ne quid in publico.*
(5) L. 4, D. *eod.*
(6) *Voy.* Grotius, *de Jure pacis*, lib. 2, cap. 3, n° 9. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 1, p. 256, n° 333.
(7) Javolenus, l. 112, D. *de Verb. signif.*

ceptis rebus sacris, sanctis, PUBLICIS POPULI ROMANI *et civitatum* (1).

Maintenant consultons les lois françaises : nous allons voir qu'avant la révolution les rivages de la mer étaient sans doute d'un usage public pour aller, venir, aborder, s'embarquer, etc., et qu'en ce sens chaque habitant du territoire avait droit de s'en servir; mais que, lorsqu'il s'agissait d'acquérir des droits de propriété privée, il y avait un droit supérieur, celui du Roi, représentant de la nation, qui prévalait sur les plus longues possessions. Aussi La Touloubre appelle-t-il les rivages de la mer des *regales*, qu'il compare aux places publiques et aux remparts (2).

Voici ce qu'on lit dans l'édit de Louis XIV du mois de février 1710 (3) :

« Ayant été informés que les mêmes entreprises et usurpations ont été faites sur les îles et îlots, crémens et attérissemens, lais et relais de la mer, droits sur le poisson, entrées et sorties des bâtimens, *droit de parc et pêcherie, madrague, bordigue,* droit de varech, débris de naufrage, ancrage, pontage, espave, *passage,* gravage, feux, balises; qu'il y a des particuliers qui s'en sont mis en possession de leur autorité privée, et en jouissent sans titre et par pure usurpation, et d'autres en vertu de concessions, lettres-patentes de nos prédécesseurs ou nous, qu'ils ont étendues au-delà des termes qui y sont portés... nous avons pris la résolution, *usant du droit de propriété que nous avons sur les bords et rivages de la mer,* sur les îles et attérissemens qui s'y forment, d'ordonner la recherche desdites usurpations pour en faire la réunion à notre do-

(1) L. 9, D. *de Usucap.*
(2) 1re partie, t. 4, no 7.
(3) Néron, t. 2, p. 444.

maine. Mais, ayant considéré que cette réunion pourrait faire un tort considérable à ceux qui les ont faites, cela nous fait prendre le parti de les confirmer *seulement en leur possession et jouissance*, en nous payant deux années de revenu ou le lot de la valeur. »

Suit le dispositif qui les maintient en effet *dans la jouissance et possession d'iceux.*

Ce n'était là, on le voit, qu'une reconnaissance provisoire, qui laissait le souverain maître d'user à l'avenir de moyens plus rigoureux. Les détenteurs n'étaient maintenus que dans une jouissance précaire et révocable; le droit de propriété ne leur était pas concédé.

De plus, il faut se souvenir que l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 s'exprime en ces termes (1) : « Faisons défense à toute personne *de bâ-« tir sur les rivages de la mer,* d'y planter aucun « pieu, ni faire aucun ouvrage qui puisse porter pré-« judice à la navigation, à peine de démolition des « ouvrages, de confiscation des matériaux et d'a-« mende arbitraire. »

Arrivons maintenant à la législation moderne; elle est extrêmement significative.

L'article 2 de la loi du 22 novembre = 1er décembre 1790, relatif aux domaines nationaux, s'explique en ces termes remarquables :

« Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, LES RIVAGES, lais et relais de la mer, les ports, les hâvres, les rades, etc., et en général toutes les portions du territoire national *qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée*, sont considérés comme des dépendances du domaine public. »

---

(1) Liv. 4, tit. 7, art. 2.

Ainsi, par cette loi, le législateur déclare, aussi expressément que possible, que les rivages de la mer ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.

C'est sous l'influence de cette pensée qu'a été rédigé l'article 538 du Code civil. Il se sert des mêmes termes; il entend (comme la loi sur les domaines nationaux) que la propriété privée ne peut s'étendre sur les rivages de la mer.

Si ces terrains ne sont pas de nature à tomber dans le domaine privé, ils échappent donc à la prescription; car la prescription n'est qu'un moyen de saisir par l'appropriation ce qui appartient à autrui. Ils sont bien évidemment ce que l'article 2226 appelle *choses hors du commerce*. Qu'est-ce, en effet, qu'une chose hors du commerce, sinon une chose qui n'est pas susceptible de propriété privée?

M. Toullier insiste sur ce que les habitans de certaines communautés voisines de l'Océan ont le droit exclusif de cueillir les plantes maritimes appelées varech, qui croissent sur les rochers de la mer situés dans leur territoire (1). Il est en effet certain que l'ordonnance sur la marine du mois d'août 1681, ainsi que la déclaration du 30 mai 1731, ont reconnu à certaines communautés de Flandre, Boulonnais, Picardie et Normandie, le droit privatif de profiter de ces plantes et herbes utiles à l'engrais des terres, et qui naissent sur les rochers que les eaux de la mer couvrent et découvrent alternativement; et, un représentant du peuple, en mission dans les départemens de l'Ouest, ayant aboli ce privilége par arrêté du 12 vendémiaire an 2, pour l'attribuer aux premiers occupans, cet arrêté fut cassé par arrêté du Gouvernement du 12 ventose an 10 (2).

(1) *Répert.* de M. Merlin, v° *Varech.*
(2) *Répert.* de M. Merlin et *Bulletin des Lois.*

Si l'autorité supérieure, chargée de statuer sur les réclamations des communes, n'avait consulté que le *summum jus* et son inflexible logique, je suis persuadé qu'il aurait dû maintenir l'arrêté du représentant du peuple, tout-à-fait conforme aux vrais principes sur la nature des rivages de la mer. Mais le *summum jus* est souvent une grande injustice, et la logique un grand fléau : j'applaudis donc à la prudence du Gouvernement, qui a voulu y échapper. Des circonstances très-favorables militaient en faveur des communes ; elles faisaient valoir qu'elles étaient propriétaires des rochers sur lesquels le varech se recueillait (1); qu'elles en payaient la contribution, et que la récolte de ce fruit de mer se liait en quelque sorte à leur droit de propriété; que les terres voisines de l'Océan sont ravagées par de fréquens et violens ouragans; qu'il était juste par conséquent de leur laisser, à titre de compensation, les produits utiles placés par la nature sous leur main. En faveur de ces circonstances et d'une possession qui se perdait dans la nuit des temps, le Gouvernement a fait plier des règles trop absolues; mais ce n'est là qu'une exception. Nous avons vu ci-dessus (2) que le législateur a, dans certaines circonstances, maintenu dans le droit de moulin des propriétaires de bonne foi qui très-anciennement avaient construit de telles

---

(1) Cela ne voulait pas dire qu'elles fussent propriétaires du rivage; les rochers peuvent avoir dans les terres un prolongement au-delà des limites du rivage proprement dit: c'est ce prolongement qui était imposé à la contribution. Quant au varech, il croît sur la portion des rochers que baigne la mer, et qui est hors de la propriété privée. Mais les communes invoquaient une considération d'équité. — Nous payons, disaient-elles, la contribution pour la plus grande partie de ces rochers; n'est-il pas juste que nous recueillions les fruits qui naissent à leurs pieds?

(2) N° 139.

usines sur des rivières navigables et flottables. Est-ce à dire que cette indulgence pour des possessions respectables, nées à des époques où le droit était encore obscur et mal formulé, est aujourd'hui une autorisation de grever les propriétés publiques de pareilles charges?

Une observation qui me paraît grave terminera cette démonstration. Sur les rivières navigables, il est sévèrement interdit d'effectuer des prises d'eau (1), de créer des servitudes qui gênent la liberté du lit du fleuve (2). Aucune possession ne peut paralyser la force de ces prohibitions salutaires. Je conviens que ces entreprises ont moins d'importance quand elles s'effectuent sur le rivage de la mer; aussi ne sont-elles pas punies par des lois de police répressive: mais du moins elles ont cette ressemblance avec celles qui sont commises sur les rivières, qu'elles sont une atteinte à une propriété publique, qu'elles gênent la circulation, qu'elles attribuent aux uns des droits exclusifs au préjudice des autres. Or, ce point de similitude suffit pour empêcher qu'elles soient le fondement d'une véritable possession *animo domini*. Il n'est permis de se servir d'une chose commune que comme tout le monde peut le faire; quiconque aspire à s'y créer un privilége fausse sa destination; la société est lésée, et, dans cet antagonisme du droit privatif et du droit de tous, il faut que celui-ci conserve tout son empire (3).

Disons donc que les rivages de la mer sont hors du

---

(1) *Suprà*; n° 189.

(2) *Suprà*, n° 189.

(3) M. Proudhon paraît de cet avis (*Domaine public*, t. 3, p. 42, *in fine*), car il pense que le Gouvernement pourrait empêcher d'enlever les galets qui servent de digue pour modérer l'impulsion du flot, et de faire des excavations.

domaine privé; que les établissemens qui s'y forment sont de pure tolérance; qu'ils se fondent sur des actes précaires et incapables de fonder un droit de propriété incontestable. Les vrais principes me paraissent conduire à cette solution (1).

Mais un particulier serait-il sans qualité pour se plaindre de pareilles usurpations? Il faut distinguer: si une famille possédait depuis plusieurs siècles une pêcherie contre laquelle le Gouvernement ne susciterait aucune réclamation, un étranger ne pourrait venir y tendre ses filets et ses engins; cette famille serait à son égard considérée comme propriétaire; l'État seul, en vertu de son droit de police et de surveillance sur tout ce qui tient au domaine public, pourrait l'inquiéter (2). Mais, si des travaux, des excavations, des enlèvemens de galets, portaient atteinte à une propriété privée voisine du rivage de la mer, et faisaient craindre pour elle des inondations ou l'action destructive des flots, le particulier lésé par ces ouvrages pourrait se plaindre par action judiciaire en dommages et intérêts. La loi 2, au D. *Ne quid in loco publico*, en porte la décision expresse: *Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas quâ ex re quid illi damni detur, præterquàm quòd lege, senatus-consulto, edicto, decretove principum tibi concessum est* (3).

151. Quant aux eaux qui s'introduisent naturellement dans l'intérieur des terres, par des fosses, fissures et crevasses qui n'ont rien d'artificiel, il est certain

---

(1) *Voy.* un arrêt de la cour de Caen du 3 avril 1824 (Dall., 25, 2, 124; Sirey, 25, 2, 123).

(2) Arrêt précité de Caen.

(3) M. Proudhon, t. 3, p. 43.

que la prescription peut se les soumettre comme toutes les eaux qui n'ont pas un caractère public (1).

152. Les lais et relais de la mer sont les terrains que la mer laisse à découvert en se retirant d'une manière définitive. Après avoir fait partie du rivage de la mer, ils s'en éloignent progressivement, et deviennent des terres distinctes, des terres d'alluvion, souvent fertiles et de nature à être livrées à la culture. L'article 538 du Code civil les met dans la classe des choses qui sont du domaine public; mais il eût été plus juste de dire qu'ils font partie du domaine de l'État, c'est-à-dire qu'ils constituent une propriété susceptible de revenus et pouvant être utilisée autrement que par l'usage des citoyens. Cette erreur a été réparée par la loi du 16 septembre 1807, dont l'art. 41 autorise le Gouvernement à les concéder, et même à les aliéner, sans une loi spéciale. Ils sont, dès lors, dans la catégorie des choses susceptibles de prescription (2). Il faut même dire qu'avant la révolution, ils étaient considérés comme faisant partie de ce qu'on appelait petit domaine, c'est-à-dire de cette portion du domaine de la couronne qui pouvait être aliénée (3). C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 18 mai 1830 (4).

153. Les rivages des rivières navigables appartiennent aux riverains jusqu'au flot (5); c'est assez dire qu'ils sont prescriptibles.

---

(1) Grotius, lib. 2, cap. 3, nº 10. Dunod, p. 77. M. Garnier, 1re partie, nº 63.

(2) Arrêt de cassat. du 3 novembre 1824 (Dall., *Prescript.*, p. 244). Autre du 8 mars 1830 (*Palais*, 1830, 3, 404. M. Vazeille, t. 1, nº 87).

(3) *Infrà*, nº 184.

(4) Dall., 30, 1, 250; Sirey, 30, 1, 218.

(5) Caïus, l. 5, D. *de Rer. divisione. Inst.*, *de Rer. divis.*, § 4. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, p. 255, nº 332. M. Garnier, 2e part., nº 25. M. Duranton, t. 4, nº 194.

154. Les canaux navigables et flottables, lorsqu'ils appartiennent à l'État, font partie du domaine public (1). Ce sont de grandes voies ouvertes pour mettre en communication les divers points du territoire. Mais, quand on parle de leur imprescriptibilité, il faut se livrer à quelques distinctions pour ne pas tomber dans l'erreur.

Un canal est un immeuble productif. Le passage ne s'y exerce que moyennant des rétributions qui procurent un émolument considérable. Cet émolument est dans le commerce; il peut être aliéné par l'État; il peut être concédé à des particuliers, non-seulement pour un temps plus ou moins long, mais encore à perpétuité. Ce droit d'exploitation est donc prescriptible, et je ne doute pas qu'une jouissance de trente ans, exercée publiquement et sans trouble par une compagnie qui aurait mis les tarifs à exécution et les aurait perçus pour son propre compte, ne rendît l'État non-recevable à la faire cesser. Une possession ainsi caractérisée serait une présomption suffisante qu'il y aurait eu titre de concession ou achat par les exploitans (2).

Mais indépendamment de l'émolument, il y a dans un canal le *substratum* d'un usage perpétuel, acquis au public pour son passage. Or, c'est cet usage qui n'est pas dans le commerce, c'est cet usage qui, appartenant également à tous, ne peut être enlevé par les faits possessoires d'un seul. Il ne tombe pas sous le sens qu'une chose publique, et livrée comme telle à l'usage général, puisse changer de destina-

(1) L. 1, § 8, D. *de Fluminibus*. Arrêt de la cour de cassation du 5 mars 1829 (Dall., 29, 1, 169; *Palais*, 1829, t. 2, p. 11; Sirey, 29, 1, 254).

(2) Les canaux étaient d'ailleurs *petit domaine* et aliénables avant la révolution (*infrà*, n° 184).

tion autrement que par le consentement exprès ou tacite de tous les intéressés. Ainsi, non-seulement le passage le plus fréquent serait inutile pour attribuer à un navigateur le droit privatif d'user du canal, mais il faut même aller jusqu'à dire qu'on ne pourrait acquérir sur son lit ou sur ses bords, par le moyen de la prescription, aucune charge qui nuirait à sa destination.

Mais, s'il ne s'agissait que de prendre sur les francs-bords ou sur le lit d'un canal navigable des droits de vue ou de sortie, et d'exercer, en un mot, ces sortes de servitudes que la voie publique est destinée à souffrir perpétuellement par sa nature, il en serait alors tout autrement. Une voie publique est faite pour supporter ces charges, et il n'y a pas même besoin de titre ou de prescription pour les établir. Celui qui bâtit sur le terrain riverain qui lui appartient ne fait qu'user d'un droit qui est dans le domaine public, et qui est attribué à chaque propriétaire par cela seul qu'il fait partie du public. Mais, si au lieu de ces servitudes, ou, pour mieux dire, de cet emploi légal d'une faculté naturelle, un propriétaire voulait faire des saignées dans le lit du canal; s'il voulait y introduire des eaux pluviales ou ménagères; s'il voulait grever les francs-bords de quelques charges qui gêneraient la circulation, la prescription serait inutile : l'avantage public réclamerait sans cesse contre ces entreprises nuisibles (1).

155. En est-il de même lorsqu'un canal sort des mains de l'État par concession, et qu'il est attribué à perpétuité à des compagnies? La concession enlève-t-elle au canal le caractère de propriété publique pour

(1) Argument d'un arrêt de la cour de Lyon du 10 février 1831 (Dall., 32, 1, 129; *Palais*, 1832, t. 2, p. 28).

la faire rentrer dans la classe des propriétés privées?

Cette question s'est présentée devant la cour royale de Lyon, qui, par arrêt du 10 février 1831, a décidé que le canal de Givors, quoique concédé en toute propriété par l'État, en vertu de lettres-patentes de 1788, n'en conservait pas moins sa destination publique, et qu'ainsi le concessionnaire devait souffrir tout ce qui, sans nuire à l'usage de la chose, est compatible avec cette destination. Dans le fait, des maisons avaient été construites sur les rives de ce canal. En 1821, la compagnie demanda que les propriétaires de ces bâtimens cessassent de faire couler leurs eaux pluviales dans le bassin, et fissent fermer et ouvrir leurs portes et volets en dedans de leurs maisons. Les propriétaires reconnurent la légitimité de la réclamation en ce qui concerne l'écoulement des eaux pluviales, car il en résultait un préjudice pour le lit du canal; mais, quant aux ouvertures, ils résistèrent, prétendant qu'ils avaient la faculté d'ouvrir des jours comme si le canal et ses francs-bords étaient une voie publique. La cour royale de Lyon adopta ce système par l'arrêt précité. Elle considéra que la concession n'avait pas étendu les droits de la compagnie au-delà de ceux que le Roi avait lui-même; que la cession perpétuelle faite par le Gouvernement n'avait pas changé la nature de la propriété; que cette propriété, étant affectée à un usage public, ne pouvait être assimilée à une propriété privée. La compagnie le reconnaît si bien elle-même, ajoutait la cour, qu'elle renonce à demander la suppression des vues droites ouvertes sur le canal et les francs-bords, ce qu'elle serait cependant en droit de faire si elle considérait sa propriété comme privée. Le canal et ses francs-bords sont à jamais destinés à un usage public

fixe et déterminé. Ainsi, tout ce qui gêne cet usage, tout ce qui nuit à la circulation sur les francs-bords, tout ce qui détériore le canal lui-même en y introduisant des eaux pluviales et ménagères, doit être interdit aux riverains. Mais ce qui est conforme à la destination publique de l'immeuble ne peut être imputé à grief aux constructeurs de maisons, et les compagnies doivent le souffrir. Sur le pourvoi, la cour de cassation pensa, par arrêt du 29 février 1831, que la cour de Lyon n'avait fait que décider une question d'interprétation d'actes, et que sa décision échappait à la censure de la cour suprême (1). C'était, à mon avis, repousser par une fin de non-recevoir manquant de dignité cette question du plus haut intérêt. Quoi qu'il en soit, la cour de Lyon me paraît avoir jugé avec beaucoup de sagacité cette question délicate. Sans doute la propriété du canal cesse d'être publique par l'effet de la concession au domaine privé; mais elle n'y est parvenue qu'avec une charge perpétuelle établie au profit du public; elle est demeurée grevée d'une servitude qui rend son usage public. Le droit de propriété est susceptible de division. On peut en séparer les fractions diverses, et chacun de ces dénombremens peut avoir un caractère à part. Que le domaine direct, le fonds et le tréfonds soient privés, c'est ce qui est incontestable; mais l'usage en est public. Cet usage appartient à tous, et chacun des habitans a le droit d'employer la chose à cette destination.

Ceci posé, notre question d'imprescriptibilité devient facile à résoudre. L'usage du canal étant public, nul ne peut prescrire contre sa destination, nul ne peut l'altérer et lui enlever son caractère de chose hors du commerce. Il faut que cet usage demeure per-

(1) Dall., 31, 1, 129. *Palais*, 1831, t. 2, p. 28.

pétuellement intact, quel que soit d'ailleurs le propriétaire de la chose. C'est en ce sens que le Conseil des Cinq-Cents avait raison de dire que les grands canaux de navigation, concédés à des compagnies, font essentiellement partie du domaine public. Quoique cette opinion soit émise dans un considérant qui n'a pas été adopté par le Conseil des Anciens (1), elle n'en est pas moins fondée en droit, si l'on veut la prendre avec le sens que je viens d'indiquer.

Il ne faudrait pas considérer comme contraire à ce sentiment un arrêt de la cour de cassation du 5 mars 1829 (2), où on lit que les canaux construits par les particuliers à leurs propre compte et risques ne sont que des propriétés particulières, et qu'il ne faut attacher aucune importance à la résolution du Conseil des Cinq-Cents dont il vient d'être question. Les considérans d'un arrêt doivent toujours être entendus *secundùm subjectam materiam*, et l'on doit se garder de leur donner une portée trop large et trop absolue. Dans l'espèce, le Gouvernement avait fait concession perpétuelle à une compagnie du canal de Briare, dont les travaux étaient alors abandonnés, à charge de les continuer et de les parfaire. Un tarif des droits à percevoir fut dressé, et il fut interdit aux concessionnaires d'en exiger de plus considérables. En 1823, les propriétaires du canal, s'apercevant que beaucoup de marchands faisaient séjourner leurs bateaux dans le canal plus long-temps qu'il n'était nécessaire aux opérations de la navigation, prennent un arrêté par lequel ils soumettent à une indemnité de vingt-cinq centimes par jour chaque bateau qui séjournera dans le canal au-delà du temps nécessaire pour faire la traversée ou

(1) Loi du 21 vend. an 5. M. Merlin, *Répert.*, v° *Canal.*
(2) Dall., 29, 1, 165. Palais, 1829, t. 2, p. 11.

pour y prendre chargement. En 1825, une ordonnance royale confirme cet arrêté. Pendant l'instance introduite au Conseil-d'État, les marchands assignent les propriétaires en restitution des sommes qu'ils prétendent avoir été indûment perçues, et qu'ils n'ont payées que sous toutes réserves. Arrêt de la cour de Paris, qui décide, en date du 30 avril 1827, que *le tarif primitif* de 1642 ne concerne que les bateaux passant debout sur le canal de Briare, et que la perception d'une indemnité en raison du stationnement extraordinaire sur ledit canal n'est que l'exercice d'un droit de propriété.

Les marchands se pourvurent en cassation. M. *le conseiller* Pardessus, chargé du rapport, fit très-bien ressortir le point litigieux et la position de la question. Voici à peu près le résumé de son opinion.

Le canal de Briare est sans doute la propriété privée des concessionnaires, et la cour royale de Paris a bien fait de le reconnaître. C'est à tort que les marchands s'appuient sur la résolution du Conseil des Cinq-Cents, pour établir le contraire; car elle n'a pas été convertie en loi. Ici, peut-être, M. Pardessus n'appréciait pas avec sa sagacité ordinaire le véritable sens de cette résolution; mais, ce qu'il n'apercevait pas en elle, il le trouvait dans son esprit exact et judicieux, et il ajoutait cette vérité frappante d'évidence, c'est que, quoique propriété privée, elle demeurait frappée d'une servitude perpétuelle au profit du public, ce qui était revenir par un autre chemin à la pensée de la résolution du Conseil des Cinq-Cents, et convenir que le domaine public y avait du moins, quant à l'usage, un droit acquis. Ceci accordé, M. Pardessus raisonnait de la manière la plus lumineuse sur la décision de la cour de Paris. L'arrêt attaqué, disait-il, n'a pas voulu dire qu'en vertu de leur droit de propriété les concession-

naires peuvent demander arbitrairement tel droit que bon leur semble ; car le contrat de concession s'oppose à ce que les services prévus soient à jamais plus chèrement rétribués. Mais, si les commerçans exigent du canal d'autres services que ceux qui sont imposés par lettres-patentes, les propriétaires du canal ont le droit d'exiger le prix de ces services. C'est en quoi l'arrêt de la cour de Paris a bien fait de remonter au droit de propriété, et d'en tirer la conséquence qu'une taxe devait être soldée. La servitude naturelle d'un canal est une servitude de passage ; c'est pour ce genre de service que le tarif a parlé. Mais si, au lieu d'une servitude de passage, les bateaux exigent une servitude de séjour, ils doivent une rétribution spéciale ; c'est un cas non prévu par les lettres-patentes. Comme les propriétaires ne refusent pas le séjour, les commerçans ne doivent pas refuser la taxe. L'usage public, l'usage aussi illimité que possible, n'est pas contesté à quiconque fait partie du public ; mais le public en doit le prix, car son droit n'est pas gratuit.

On voit donc sous quel rapport l'arrêt de la cour de cassation qui consacre la décision de la cour royale insistait sur la propriété privée des concessionnaires : c'est que cette propriété ne devait pas être improductive et rester un être de raison ; c'est qu'il fallait qu'on ne la réduisît pas à un vain mot en refusant la taxe. Mais la cour s'empressait de reconnaître « *que la pro-* « *priété des concessionnaires était grevée de la servi-* « *tude de livrer* PASSAGE A CEUX QUI LE RÉCLAMENT : » c'était donc admettre, de même que je l'ai fait ci-dessus, et comme l'entendait aussi le Conseil des Cinq-Cents, que, pour l'usage et le service de la navigation, de telles propriétés sont dans le domaine public, en vertu de leur destination. J'ai insisté sur ce point, parce que cette matière est, en général, peu connue ;

que les droits respectifs sont assez obscurément formulés par la loi, et que cependant on ne peut résoudre la question de prescriptibilité sans se faire des idées justes sur leur nature.

186. Nous avançons lentement dans l'exposé d'une matière qui comporte de vastes développemens, et que nous voulons traiter avec tout le soin dont nous sommes capables. Reprenons le fil de cette longue revue.

Les voies publiques ouvertes par terre, soit qu'elles soient aux frais du Trésor et appartiennent à l'État, soit qu'elles soient la propriété des communes, font partie du domaine public et sont imprescriptibles (1); il en est de même des rues, places des villes et villages.

Il est vrai que l'on peut ouvrir sur ces lieux publics des vues, des jours, des portes, des gouttières pour l'écoulement des eaux pluviales, des issues pour l'écoulement des eaux ménagères (2); mais ce n'est là que l'usage naturel de ces sortes de propriétés, qui ne sont livrées au public que pour qu'il puisse en jouir, soit pour son passage, soit pour procurer aux habitations des aisances domestiques, indispensables à la salubrité et à la commodité des familles qui les occupent. *Loca enim publica*, dit Ulpien, *utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque* (3). Par l'exercice de ces sortes de servitudes, les lieux dont il s'agit ne laissent pas de rester publics : leur destination conserve, au contraire, toute son intégrité, et plus ils sont soumis à ces usages communs, plus ils portent l'empreinte de leur affectation au service du public.

(1) Art. 583, C. civ.
(2) Art. 681, C. civ.
(3) L. 2, § 2, D. *Ne quid de loco publico.*

Mais pourrait-on acquérir sur eux, par la prescription, des servitudes qui s'écarteraient de leur destination naturelle? pourrait-on, par le même moyen, faire entrer une partie de ces choses dans le domaine privé?

Un jurisconsulte très-peu connu aujourd'hui, mais souvent cité jadis, Aymon Cravetta, estime que, malgré le caractère public de ces choses, on peut en acquérir une portion par prescription, en tant cependant que l'usage public n'en serait pas ébranlé. Suivant lui, par exemple, il serait permis de prescrire la moitié d'un chemin public, pourvu que l'autre moitié fût suffisante pour le passage général et habituel. Mais d'Argentré trouvait cette opinion sans aucun fondement dans le droit, et il la repoussait comme un paradoxe. *Sed hoc Cravetta sine lege; quia publicorum usus non solùm ex commodo, sed ex ornatu etiam et facie estimatur,* DENIQUE NON DEBET PRIVATO CUIQUAM TANTUM LICERE; *de quo longa tractatio est Cæpollæ titul. de Servitutibus viæ, quæst.* 9 (1).

D'Argentré s'est rendu ici l'interprète des vrais principes. Lorsqu'une chose a été retirée du commerce privé pour être affectée à un usage public, cette espèce de séquestration pèse sur chacune de ses parties. Toutes participent à la position privilégiée qui a été faite à la chose même dont elles sont les élémens: toutes, par conséquent, résistent à l'appropriation privée, et l'on ne saurait tourner contre aucune d'elles la prescription, qui ne peut jamais être un moyen de nuire au bien public. *Præscriptio juri publico non debet obsistere* (2). D'ailleurs, ce qui aujourd'hui ne paraît pas dommageable peut plus tard le devenir.

---

(1) Sur Bretagne, art. 266, c. 23, n° 2.

(2) D'Argentré, sur Bretagne, *loc. cit.*

Le public, dont l'existence n'a pas de fin, doit être considéré non-seulement dans ses besoins présens, mais encore dans ses besoins éventuels, et il serait contraire à ses intérêts d'engager son avenir. *Etenim*, dit Ulpien (1), *quædam sunt talia ut statim facto suo noceant; quædam talia ut in præsenti quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant.*

Le sentiment de Cravetta n'est donc qu'une idée extrêmement hasardée. On va voir la preuve de son erreur résulter des développemens qui vont suivre (2).

157. D'abord, la largeur d'une route royale est imprescriptible : l'ordonnance de Blois le décidait expressément; elle voulait que « tous grands chemins « fussent remis à leur ancienne largeur, nonobstant « toutes usurpations, *par quelque laps de temps* « *qu'elles pussent avoir été faites* (3). » Pourquoi cette disposition? Parce qu'une route royale étant publique, toutes ses parties constitutives et adhérentes le sont également; parce que c'est appliquer à cette partie ce que les lois romaines, avant l'ordonnance de Blois, et le Code civil, long-temps après, ont consacré pour le tout avec la raison la plus vulgaire. *Usucapionem recipiunt maximè res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis,* PUBLICIS POPULI ROMANI *et civitatum* (4). L'ordonnance de Blois n'a pas créé une disposition arbitraire, une exception privilégiée pour les routes royales : un grand principe était donné en matière de prescription; elle en a tiré les conséquences naturelles.

---

(1) L. 2, § 31, D. *Ne quid in loc.*

(2) Voy. aussi *infrà*, n° 168, et *suprà*, n° 140, l'arrêt de la cour de cassation qui décide qu'on ne peut acquérir sur la voie publique une servitude dommageable.

(3) M. Garnier, *des Chemins*, p. 29.

(4) Caïus, l. 9, D. *de Usurpat.*

158. En second lieu, la largeur des chemins vicinaux n'est pas moins exempte de prescription. Cette largeur est placée sous la sauvegarde des lois répressives, qui considèrent comme un délit l'anticipation des riverains (1); car les chemins vicinaux sont hors du commerce (2). A eux s'applique, comme aux grandes routes, la pensée de la loi romaine et de l'article 2226 du Code civil.

Je dois dire cependant que les opinions ne sont pas univoques sur la question de savoir si la largeur d'un chemin communal est prescriptible. M. Garnier (3) pense qu'un particulier qui détiendrait une partie du chemin, prise sur sa largeur, deviendrait propriétaire par la prescription. Il s'appuie sur deux arrêts du Conseil-d'Etat des 14 décembre 1825 et 8 mai 1822. Mais je vais prouver que c'est là une erreur manifeste échappée à cet auteur estimable.

D'abord, je ne conçois pas que des arrêts du Conseil-d'État soient invoqués sur une question de propriété dont ce tribunal administratif n'est jamais juge; et il est d'autant plus inopportun ici de se placer sous leur égide, que l'un et l'autre arrêt ont reconnu la compétence de l'autorité judiciaire, pour statuer sur des prétentions dont ils se sont abstenus de connaître.

Dans l'espèce du premier arrêt, Presson avait creusé un fossé le long d'un chemin vicinal non classé, et dont la largeur n'était pas fixée. Le maire, sur l'ordre du préfet, fit combler ce fossé, le considérant comme une anticipation sur la voie publique. Presson considéra ce fait comme un trouble, et agit en réintégrande devant le juge-de-paix. Ce magistrat accueillit la com-

(1) Loi du 6 octobre 1791, tit. 2, art. 40, et art. 456 du C. pén.

(2) Pothier, *Prescript.*, n° 7. Denizart, v° *Chemin*.

(3) *Des Chemins*, p. 329.

plainte ; mais le préfet éleva le conflit. C'était alors la mode des conflits. Mais, par arrêt du Conseil-d'Etat du 14 décembre 1825, l'arrêté du préfet fut annulé, « attendu que le juge-de-paix était compétent pour « connaître de la possession annale articulée par Pres- « son ; possession que celui-ci avait intérêt à consta- « ter pour établir ses droits *soit à la propriété, soit à* « *une indemnité.* » Est-ce là juger que les limites d'un chemin vicinal sont prescriptibles ? Nullement. Ces limites étaient inconnues ; ce que la commune considérait comme partie du chemin pouvait n'être qu'une portion du champ de Presson : dans cet état de doute, la possession était donc considérable, et il fallait en tenir compte.

L'espèce du second arrêt du Conseil n'est pas moins inapplicable à la difficulté. Un chemin avait été déclaré vicinal en 1812. Les demoiselles Routier, voulant construire un mur à la place d'une large haie qui séparait leur propriété du chemin, demandèrent un alignement. Le maire le leur délivra, conformément au tableau des chemins vicinaux. Mais les demoiselles Routier pensèrent que cet alignement leur faisait perdre une partie de leur propriété ; elles attaquèrent en conséquence la commune devant les tribunaux, pour voir dire qu'elles étaient propriétaires du terrain en litige. Elles invoquaient uniquement la prescription fondée sur une possession quadragenaire. Le tribunal, après une enquête, leur adjugea leur demande ; il alla même jusqu'à donner l'alignement du mur à construire.

Le préfet éleva le conflit, soutenant que tout avait été terminé par des actes administratifs, et que c'était à tort que les tribunaux avaient été saisis du débat. Par arrêt du 8 mai 1822, l'arrêté du préfet fut confirmé en ce qui touche l'alignement, mais sans préju-

dice de la question de propriété. Le jugement du tribunal de Louviers fut annulé dans ses dispositions concernant l'alignement à suivre par les demoiselles Routier.

Encore une fois, rien ne me paraît plus insignifiant que cet arrêt du Conseil sur la question qui nous occupe. Les demanderesses excipaient de la prescription, et le Conseil-d'Etat a décidé que c'était là un point appartenant à la juridiction des tribunaux ordinaires. Au moment même où il s'abstient de prononcer sur la question, peut-on dire qu'il l'a jugée dans le sens de la prescription?

Ensuite, faisons bien attention à l'état de la difficulté. Elle ne consistait pas à savoir si, depuis que le chemin avait été classé, délimité et incorporé dans le domaine incommutable de la commune, un tiers avait pu en acquérir une partie par prescription. La question était tout autre. Les demoiselles Routier prétendaient que les limites données en 1812 au chemin empiétaient sur leur propriété privée; que le terrain litigieux était en 1812 possédé par elles, depuis plus de trente ans, à titre de propriétaires; qu'ainsi, loin d'avoir usurpé sur la commune, c'était la commune qui avait usurpé sur elles, lorsqu'elle avait tracé les bornes de ses chemins. On voit d'un coup-d'œil combien ce débat s'éloignait du point que nous recherchons.

Maintenant, aux décisions sans portée dont se prévaut M. Garnier tâchons d'opposer des monumens de jurisprudence plus péremptoires. Dans un arrêt de la cour de Rouen du 11 février 1815, que M. Garnier cite lui-même et approuve dans une autre partie de son ouvrage (1), on lit « qu'il en est de même des

---

(1) Page 29.

« chemins, *qui, tant qu'ils sont chemins*, NE PEUVENT « ÊTRE PRESCRITS (1). » De plus, la cour de cassation a décidé, par arrêt du 13 février 1828 (2), « qu'une « rue est une propriété publique, hors du commerce, « qui n'appartient à personne, sur laquelle par con- « séquent *personne ne peut acquérir* AUCUN DROIT DE « PROPRIÉTÉ. »

Mais arrivons à la discussion même des raisons sur lesquelles M. Garnier appuie sa thèse. « L'ordonnance de Blois, dit-il, ne régit que les grands chemins (3); mais, pour les communications vicinales, il faut s'en tenir à la maxime : *Tantùm præscriptum quantùm possessum* (4). » Je réponds que, si l'ordonnance de Blois n'a été faite que pour les grandes routes, il faut que la raison la fasse pour les routes vicinales; ou, pour mieux dire (car ce langage paraîtra peut-être un peu trop superbe), j'affirme qu'elle est toute faite dans les principes, qui veulent que les choses hors du commerce soient imprescriptibles. Pour tirer la conséquence de cette grande règle, ainsi que l'a fait l'ordonnance de Blois, il n'est pas nécessaire d'être législateur, il suffit d'être logicien; et si son application aux chemins vicinaux n'a pas la sanction de la loi écrite, elle a celle de la raison, qui vaut parfois autant.

Et puis, que veut dire cette maxime : *Tantùm præscriptum quantùm possessum*, appliquée à des

(1) Dall., 26, 2, 1. Je ferai remarquer une contradiction de M. Garnier : il veut qu'on puisse acquérir par prescription la totalité du chemin abandonné, et je suis de son avis, comme on le verra *infrà*, n° 163. Il veut aussi qu'on puisse en acquérir, par le même moyen, des portions intégrantes, quoiqu'il reste chemin. Pourquoi donc a-t-il approuvé l'arrêt de Rouen, au lieu de le combattre? car, dans son système, cet arrêt est une erreur palpable.

(2) Dall., 28, 1, 129. Voy. *suprà*, n° 140.

(3) *Suprà*, n° 157.

(4) Page 329.

choses qui ne sont pas dans le commerce et que la possession privée ne saurait atteindre? Elle se retourne facilement contre M. Garnier; car, la possession étant inutile, inefficace, vicieuse, la prescription n'arrive jamais.

M. Garnier insiste sur ce que, lors de la discussion de la loi de 1814, M. de Beaumont voulait que tous les empiétemens anciens et nouveaux fussent restitués; mais que le rapporteur observa que cette mesure serait attentatoire au droit sacré de propriété, et qu'elle n'était applicable qu'aux empiétemens récens et manifestes; qu'ainsi on a reconnu par là la prescriptibilité des limites des chemins vicinaux. Mais j'avoue que cet argument ne me frappe pas, et je ne suis pas si facile à admettre des dérogations à la loi des lois, au Code civil, qui est la règle toujours supérieure.

On sait qu'avant le décret du 16 décembre 1811, il n'existait pas d'état général des chemins vicinaux; que leur largeur était arbitraire et sans uniformité; que leurs limites variaient d'année en année avec une telle facilité qu'au bout d'un certain temps il était impossible de reconnaître les traces anciennes de ces voies si mobiles. Donc, si l'on eût ordonné avec une minutie exagérée la recherche des anciennes limites, on aurait organisé un système inquisitorial qui aurait porté l'inquiétude dans les campagnes; les propriétaires, grands et petits, eussent été livrés aux tracasseries des maires de village, dont la tyrannie, suivant le mot célèbre de P.-L. Courrier, est plus insupportable que celle du président du conseil des ministres. Les procès auraient pullulé sans avantages pour les communes, qui presque toujours auraient échoué dans des investigations impossibles; enfin, au lieu d'une mesure conservatoire, on serait tombé dans les chicanes, dans les frais de procédure, dans les haines

« Telle est la présomption résultant de la nature des « choses. On ne peut tirer une présomption contraire « de ce que, dans les villages, on est dans l'habitude « de laisser, sur le devant des maisons, des places des- « tinées pour les fumiers et les charrettes. C'est là un « droit communal, une servitude attribuée à tous les « riverains des rues pour la commodité des habitans « de la campagne; mais ces terrains sont de plein droit « communaux; ils sont *aisances communales* toutes « les fois qu'ils sont situés entre l'alignement des mai- « sons. C'est ce que la cour a déjà jugé le 26 février « 1827, dans l'affaire de la commune de Ville-sur- « Ilon, contre Pommiers. Pour faire cesser cette pré- « somption, il faudrait des preuves contraires bien « évidentes; par exemple, des titres qui prouve- « raient que, pour se ménager des aisances plus con- « sidérables et exclusives, on s'est retiré sur son pro- « pre terrain pour élever sa maison. Mais aucun in- « dice de ce genre n'existe dans l'espèce.

« Il est donc certain que le local litigieux fait partie « de la rue.

« Ceci posé, Lambert a-t-il pu l'acquérir par pres- « cription, ainsi qu'il le soutient? Non, sans doute. « Supposons que ses constructions aient trente années « d'existence et qu'elles aient subsisté sans trouble « pendant ce long espace de temps: le droit de la « commune n'en subsiste pas moins, et l'intérêt de la « voirie réclamera sans cesse contre cette entreprise; « car il s'agit d'une chose hors du commerce, et par « conséquent imprescriptible. Écoutons d'Argentré: « *Talia extrà omne privatum commercium sunt, ideò-* « *que nec præscribi possunt, quantocunque tempore* « *teneantur. Nec si quis* CENTUM TOTOS ANNOS IN PU- « BLICO INÆDIFICATUM HABUERIT, *ideò acquirit lo-*

« cum (1). La largeur des routes royales, départe-
« mentales et vicinales est protégée par des lois de
« police générale et par des principes qui ne permettent
« de la restreindre par aucune possession (2). Si le mot
« d'anticipation ne se trouve pas dans les lois relatives
« à la voirie urbaine, on voit cependant que ces lois
« ne permettent pas d'obstruer les rues ou de les dé-
« grader (3) ; ce qui, en d'autres termes, condamne
« toute anticipation comme un délit (4). Il y a donc
« parité à peu près égale de protection entre les routes
« royales et autres, et les rues et places des villes et vil-
« lages. D'ailleurs, l'article 2226 a été fait pour tout ce
« qui est hors du commerce. Comment donc Lambert
« aurait-il pu, de son chef, lui, simple habitant de
« la commune, convertir en propriété privée ce qui
« est dans le domaine de tous, ce que l'utilité publique
« a mis hors du commerce? Or, s'il ne l'a pas pu par
« des constructions faites pour se clore, combien, à
« plus forte raison, par des actes possessoires, tels
« que dépôts de fumiers et stationnemens de char-
« rettes, qui n'impliquent aucune possession exclu-
« sive, qui ne sont que l'usage d'une faculté établie
« en faveur de tous les habitans qui possèdent des
« maisons sur la voie publique? »

Je montrais ensuite et subsidiairement que Lambert n'avait pas possédé pendant le temps suffisant pour prescrire, et je concluais à l'infirmation.

L'arrêt intervenu conformément à ces conclusions ne s'est pas prononcé d'une manière tout-à-fait expli-

(1) Sur *Bretagne*, art. 266, cap. 23, n° 1.

(2) *Suprà*, n° précédent.

(3) Loi du 22 juillet 1791, tit. 2, art. 15. Art. 605 du C. du 3 brumaire an 4. Art. 671 du C. pén. de 1810. M. Merlin, *Répert.*, *Voie publique*. M. Garnier, *des Chemins*, p. 490, 491 et suiv.

(4) M. Garnier, *loc. cit.*, p. 492.

cite sur la question d'imprescriptibilité; mais je crois devoir le citer, parce que, outre sa portée implicite, il décide ponctuellement que l'aisance située entre les maisons fait partie de la rue.

« Attendu qu'il est d'usage dans les communes ru-« rales, et notamment dans les communes du dépar-« tement des Vosges, de considérer comme aisances « communales les terrains qui, situés en avant de « chacune des maisons d'habitation, se trouvent con-« tigus à une rue; que jamais Lambert n'aurait ren-« contré d'obstacles dans sa jouissance s'il s'était borné « à user du terrain existant au-devant de sa maison « pour le stationnement des voitures, pour des dépôts « de bois, de fumiers ou d'instrumens d'agriculture;

« Mais que son droit à une telle jouissance ne lui « donne pas le droit d'élever sur ce terrain des cons-« tructions nouvelles qui, en rétrécissant la voie « publique, gênent évidemment la circulation des « voitures et la rentrée des récoltes;

« Attendu, d'ailleurs, que ses titres ne lui donnent « pas la propriété exclusive, et qu'il n'y a pas lieu à « la prescription décennale invoquée par son garant;

« Met l'appellation et ce dont est appel au néant; « émendant, etc. »

On aperçoit, du reste, que, quoique les circonstances de la cause aient dispensé la cour de statuer en termes exprès sur la question d'imprescriptibilité, ce point est singulièrement préjugé par elle, lorsqu'elle établit que les entreprises de Lambert gênaient la circulation et nuisaient à la voie publique (1).

162. J'ai dit ailleurs (2) qu'il y a des lieux publics

---

(1) *Junge* l'arrêt de la cour de cassation cité au n° 138. Il confirme toute cette doctrine.

(2) *Suprà*, n° 156.

tels que rues, places, etc., qui servent, par leur destination, non-seulement au passage des habitans, mais encore à l'écoulement des eaux pluviales tombant des toits, et à la décharge des eaux ménagères, que des ruisseaux pratiqués dans le milieu ou les bas côtés des rues conduisent dans les égouts publics. Mais un particulier ne serait pas fondé à faire servir les rues ou places à recevoir les eaux de son fonds qui n'y couleraient pas naturellement, et qui gêneraient la voie publique et nuiraient à la circulation. La prescription serait vainement invoquée à l'appui d'une telle prétention; car une rue, étant hors du commerce, ne doit pas être grevée de servitudes contraires à son usage habituel (1). Ecoutez Ulpien : *Si quis cloaçam in viam publicam immitteret, exque eâ re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit.*

Proindè, et si fossam quis in fundo suo feceret, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur (2).

Ainsi donc, tout ce qui aggrave la destination d'une rue et tourne au détriment du public ne peut avoir qu'une existence éphémère. On ne prescrit pas contre le droit public et les lois de police; c'est encore Ulpien qui insiste sur ce point, en commentant l'édit du préteur : *Interdictum hoc non esse temporarium sciendum est; pertinet enim* AD PUBLICAM UTILITATEM (3).

163. Mais, si la prescription ne peut faire tomber

---

(1) Voy. *suprà*, arrêt de la cour de cassation, n° 140 et 156.

(2) L. 2, § 26 et 27, D. *Ne quid in loco publico.*

(3) L. 2, § 44, *loc. cit.* Pothier (*Pand.*, t. 3, p. 209, note 8) ajoute sur cette loi ces mots précieux : *Sed ideò hoc interdictum est perpetuum, quia causa publicæ utilitatis ad quam pertinet, ea est quæ perpetuò durat donec opus tollatur.*

dans le domaine privé une partie quelconque d'une rue, d'une place, d'un chemin public, tant que ces choses conservent dans leur partie principale leur destination publique, en est-il de même lorsque la possession trentenaire les a complètement soustraites à l'usage public, et les a, pour le total, incorporées à une propriété privée?

Lorsqu'une chose n'est publique que par une destination factice, elle peut perdre cette qualité par une volonté contraire à celle qui la lui avait donnée. En rémontant à des époques éloignées, on trouve que, dans la plupart des communes, les rues, les places, les chemins publics se sont établis par le seul usage des habitans. Aucun titre solennel, aucun réglement de l'autorité n'est venu donner à ces faits de possession un caractère de légalité positive. La coutume, qui est la plus puissante des lois; la possession non contestée, qui a précédé tous les titres, sont seules à la racine des droits que les citoyens d'une commune exercent sur les choses incorporées au domaine public par un consentement tacite. Mais ce que ce fait a pu créer, un fait analogue, mais inverse, peut le détruire; l'usage, qui avait transformé un terrain communal en rue, place ou chemin, peut l'abandonner d'une manière définitive, lui enlever sa destination publique, et le faire rentrer dans la classe des propriétés livrées au commerce; en un mot, une destination créée tacitement peut être tacitement convertie en un autre emploi. Il n'y a pas besoin de grands développemens pour faire comprendre et admettre cette vérité palpable.

Reste à déterminer à quels signes le juge peut reconnaître qu'il y a abandon par le public de son droit à une rue, à une place, à un chemin vicinal.

C'est ici que les divergences commencent.

La loi 2, au D. *de Viâ publicâ*, empruntée aux écrits de Javolenus, dit : *Viam publicam populus non utendo amittere non potest;* ce qui semblerait indiquer que l'abstension du public, quelque longue qu'elle soit, n'est pas suffisante pour changer la nature de la chose, et qu'il faut au moins une déclaration expresse émanée de l'autorité.

Mais ce texte doit être pris avec précaution, et la plupart des auteurs pensent qu'il ne doit s'entendre que des prescriptions ordinaires, parce que le non usage pendant dix, vingt, trente ans, n'a pas un caractère d'abdication assez prononcé pour établir une renonciation véritable. Mais, si le non usage a duré un temps immémorial, il ne serait pas raisonnable de refuser de voir dans un pareil fait une aliénation aussi certaine que si elle eût été déclarée expressément (1). De là une première opinion, d'après laquelle un chemin abandonné depuis un temps immémorial, et possédé *animo domini* par un particulier, est censé aliéné au profit de ce dernier par le souverain ou par le peuple qui en avait l'administration (2); elle a été adoptée par un arrêt de la cour de Montpellier du 21 décembre 1827, qui, réformant une décision du tribunal de première instance, qui avait ordonné la preuve d'une possession quadragénaire, admit la partie à prouver une possession immémoriale, seule capable, en cette matière, de suppléer à un titre (3).

D'autres se sont montrés plus indulgens : ils se

---

(1) Brunemann, sur cette loi, nos 1, 11, 12. Dunod, p. 74.

(2) Dunod, *loc. cit.* Domat, liv. 3, tit. 7, sect. 5, no 2, est moins affirmatif; il dit qu'il faut voir si la longue possession est telle *qu'elle fasse supposer l'aliénation.*

(3) Dall., 28, 2, 57. *Palais*, 1828, t. 3, p. 3

contentent d'une possession de cinquante ou quarante ans (1), ou même de trente ans (2), de la part de celui qui prétend que la commune a perdu son droit.

D'autres enfin ont proposé une distinction (3). Ou le chemin a été classé, ou il ne l'a pas été : s'il a été classé, il est imprescriptible tant que l'autorité supérieure ne l'a pas rendu à l'agriculture par une décision qui lui a enlevé sa destination publique ; ou il n'a pas été classé, et dès lors il est prescriptible, parce que le caractère d'imprescriptibilité n'est attaché qu'à l'acte de la puissance publique qui a fait sortir les chemins de la classe des propriétés ordinaires.

De ces différens systêmes, quel est celui qui doit prévaloir ?

Au premier coup-d'œil, le dernier semble le plus plausible; mais, en réalité, c'est celui qui l'est le moins.

De ce qu'un chemin n'a pas été classé, il ne s'en suit pas qu'il soit d'une nature privée. Une erreur de l'administration peut l'avoir omis dans les états de recensement, qui, il faut le dire, fourmillent d'inexactitudes et d'oublis. Est-ce que la distraction d'une administration municipale peu vigilante pourra préjudicier aux droits acquis au public par des siècles de possession ? On ne saurait admettre ce résultat ; et tous les jours les tribunaux déclarent vicinaux ou communaux des chemins, rues ou places dont il n'y a pas de mention dans les états dressés par la municipalité. Comment se sont formés les chemins dans la plupart des communes, et comment encore aujourd'hui s'en

(1) Arrêt de la cour de Rouen du 11 février 1825 (Dall. 26, 2, 1. *Palais*, 1827, t. 1, p. 8).

(2) M. Garnier, *des Chemins*, p. 325. M. Vazeille, n° 92, *in fine*.

(3) M. Isambert, *Traité de la Voirie*, liv. 1, chap. 3, § 4, et chap. 4, sect. 1, § 1. *Junge* M. de Cormenin, etc.

forme-t-il un grand nombre? Par la possession. Les habitans passent et repassent; leurs voitures tracent la voie. Lorsqu'elle n'est plus en état de viabilité, ils la réparent par la prestation en nature; puis ils l'embellissent par des plantations, ou bien ils la perfectionnent par des fossés, par des ponts et des travaux d'art plus ou moins grossiers. Ces actes de possession se sont réitérés pendant des siècles, et ils ont conquis au public des terrains qui peut-être originairement ne lui appartenaient pas. C'est là l'histoire de presque tous les chemins vicinaux; et l'on voit que la prescription y joue un plus grand rôle que les actes officiels de l'autorité. Eh bien, je dis que c'est envisager la question sous un point de vue trop matériel et trop formaliste que de la faire dépendre d'un arrêté pris par un préfet ou d'un classement fait à la hâte par un maire inattentif et par des agens peu soigneux. L'arrêté de l'administration ne crée pas la publicité; il la déclare comme un fait préexistant. La publicité résulte des actes par lesquels le public s'est constitué un droit à lui-même par sa possession plus que séculaire. Ce sont ces actes qui donnent à la chose son vrai caractère, qui l'arrachent au domaine privé, qui lui impriment le sceau de l'usage public. Le classement administratif n'est qu'un fait à la suite, la promulgation de ce qu'il y a en eux de réel, d'énergique, de victorieux.

Disons donc que, quoique non classé, un chemin est imprescriptible dans toutes ses parties tant qu'il subsiste en état de chemin (1). Ainsi, voilà déjà la moitié de l'opinion de M. Isambert qui, à mon avis, s'écroule de fond en comble. L'autre moitié ne me paraît pas plus solide.

Un arrêté proclame l'existence d'un chemin qui a

(1) Bourges, 30 janvier 1826 (Dall., 27, 2, 52).

servi de tout temps aux communications vicinales, et qui y est encore employé à l'heure de sa publication. Mais, si les besoins changent, qui empêche les habitans, véritables créateurs du chemin, de réduire à un vain mot la publicité déclarée par l'arrêté? Viendra-t-il de la préfecture un ordre exprès de *fréquenter le chemin*? Et si les habitans, meilleurs juges que qui que ce soit de leurs intérêts, s'obstinent à ne pas y passer pendant un siècle, et le laissent se couvrir d'herbes comme un champ susceptible de culture, ne sera-ce pas une mauvaise et ridicule fiction que d'aller chercher dans un arrêté préfectoral réduit à l'inertie, ou pour mieux dire au mensonge, une preuve de publicité, lorsque le public n'en veut pas et le délaisse comme inutile? On a beau se créer des distinctions et s'embarrasser dans des formes administratives, il faut toujours en revenir à ceci. Quand le public se retire définitivement d'une chose, cette chose cesse d'être publique; elle perd tacitement sa destination; elle n'est plus hors du commerce. Vous demandez un arrêté de déclassement; mais qui sait s'il n'a pas été rendu, et si, dans la suite des années, il ne s'est pas perdu? Un abandon long-temps soutenu le fait supposer. Après tout, c'est de l'article 2226 qu'il faut prendre conseil; c'est dans ces mots, *qui ne sont pas dans le commerce*, qu'il faut trouver une solution. Or, je demande si un terrain qui a perdu de fait son caractère de chemin, qui produit des herbes pour la pâture, qui peut-être est loué par la commune à son fermier pour en récolter les fruits, doit être appelé une chose qui n'est pas dans le commerce, quand même il n'y aurait pas un arrêté de déclassément. En toutes choses, j'aime la vérité, et les fictions me pèsent. Je ne les adopte que quand elles sont clairement établies par la loi; mais je les repousse sans hésiter lorsqu'elles sont équivoques, et lorsqu'elles

tendent surtout à froisser les intérêts privés, en mettant une sorte de main-mise et de séquestre sur le commerce des immeubles.

Maintenant que nous avons établi qu'un chemin peut, par le non usage, perdre son caractère public, voyons quand il l'a perdu et quand il commence à tomber dans le domaine de la prescription.

Lorsqu'il s'agit de suppléer à un acte d'abandon, qui rarement doit se supposer, il faut être sobre de présomptions, il faut se montrer difficile sur les conjectures. Cette réserve est surtout désirable lorsqu'il s'agit d'interpréter des faits qui émanent d'une population dont les intérêts sont extrêmement mobiles, suivant les époques, et ne doivent pas être envisagés du même point de vue que ceux d'un particulier. D'ailleurs, le public est souvent porté à négliger ses droits, sans pour cela les abdiquer complètement. Il faut donc des faits très-expressifs, un non usage très-prolongé; quelques années d'oubli ne seraient pas suffisantes pour faire croire à une renonciation. Mais quel est le nombre d'années requis précisément pour élever l'abandon à la hauteur d'une preuve certaine?

Il est difficile de se prononcer, car tout dépend des circonstances. Il y a des cas où trente ans pourraient n'être pas suffisans; il y en a où ce laps de temps conduit, sans violenter les faits, à un changement de destination. Suivant quelques-uns, lorsqu'il s'agit d'une communauté, il faut en appeler à l'opinion de deux générations au moins, pour être sûr d'arriver à une saine interprétation de sa volonté. Ce sont là des indications trop flexibles pour être érigées en règle. La prudence du juge est la seule boussole.

Ici, je m'étonne de la préoccupation de M. Vazeille, qui croit qu'un tel sentiment ne tend à rien moins qu'à faire revivre des prescriptions plus longues que la pres-

cription de trente ans, la plus longue de celles que le Code admet aujourd'hui (1). Faisons attention à une chose importante : quand nous en appelons au temps ce n'est pas pour lui demander une prescription, mais seulement pour rechercher une présomption. Dans la prescription, les années sont comptées : c'est dix, vingt, trente. Quand on a fait preuve du temps requis pour prescrire, le juge est lié ; il y a présomption, *juris et de jure* (2), de propriété ; il faut qu'il adjuge la propriété alors même qu'il serait convaincu qu'il y a usurpation. Mais ici c'est à titre de simple présomption que nous tenons compte des années ; nous voulons savoir d'elles, par une règle de logique et non par une règle de droit, si elles font supposer une renonciation de la part du public. Tout aboutit donc au libre arbitre du juge, qui, suivant les cas, admet ou rejette la présomption, et peut tantôt se contenter de vingt ans, tantôt en exiger cinquante, quatre-vingt-dix ou cent.

Maintenant nous devons faire un pas de plus ; car il ne suffit pas que la chose rentre dans le domaine de l'appropriation privée par l'abandon présumé du public, il faut encore qu'un tiers la saisisse par la possession. Nous quittons ici le champ des présomptions pour entrer dans celui de la prescription. Mais quand cette prescription commence-t-elle ? Voilà la vraie difficulté de cette matière :

MM. Vazeille et Garnier pensent que, dans le laps de trente années, on peut trouver tout à la fois l'abandon par le public et l'acquisition par le possesseur. Mais c'est mettre les choses bien à l'étroit, et il me paraît difficile de cumuler le temps requis pour

(1) P. 97, nº 93.

(2) Je me sers de ces mots, quoi qu'en dise M. Toullier, car leur force ne peut être remplacée par rien. En fait de langage, tout ce qui est énergique est bon.

prescrire avec le temps requis pour faire sortir la chose du domaine des habitans de la commune.

La prescription du possesseur ne peut commencer que lorsque le chemin a perdu son caractère de chose publique. Tant que ce caractère n'est pas effacé, la prescription est impossible. Or, un jour, un an, plusieurs années même d'usurpation sur la propriété publique, et de silence gardé par les intéressés, sont insuffisans pour opérer cette transformation; elle ne résulte que d'un long abandon.

Si la possession du particulier a commencé à une époque où, d'après la vraisemblance, le chemin avait cessé d'être hors du commerce, ses trente ans le conduiront droit à la propriété; mais, s'il a possédé à une époque à laquelle l'abdication n'était rien moins que certaine, il faudra retrancher de la possession tout le temps nécessaire pour que le caractère de chose publique s'oblitère et disparaisse. Le point de départ commencera seulement quand la chose aura perdu son privilége, et c'est trente ans après ce moment initial que la prescription sera seulement accomplie. On voit, d'après ces observations, que, dans la plupart des cas, il faut beaucoup plus qu'une possession trentenaire pour pouvoir se dire propriétaire d'un chemin vicinal qu'on enclave dans son héritage et que l'on cultive comme une de ses dépendances. Voilà pourquoi ceux qui exigent une possession très-longue, cinquante ans par exemple, ou même une possession immémoriale, se rapprochent beaucoup plus de la vérité que leurs adversaires.

164. Toutes les réflexions précédentes s'appliquent aux promenades publiques, qui sont aussi des objets hors du commerce pendant qu'elles conservent leur destination. D'Argentré s'en explique positivement. *Publicæ aliæ sunt usibus publicis deputatæ, aliæ in*

pecuniâ communi et publicâ consistunt. In usu publico sunt quæ cuique de civitate..... patent ad usum, æquo jure, cum reliquo populo, communi scilicet et promiscuâ facultate utendi, sed nullo cujusque tamen proprio aut particulari jure. Hoc genere sunt basilicæ, fora, theatra, vici, campi suburbani urbibus quibusdam, ut Romæ campus martius, DEAMBULATIONES, *circi...; quibus omnibus quilibet de populo utitur, sed nullo privato aut proprio jure. Ideòque talem usum nec vendere alteri, nec cedere, nec emere quisquam posset...* TALIA EXTRA OMNE COMMERCIUM SUNT, *ideòque nec præscribi possunt, quantocunque teneantur* (1).

D'après cette doctrine, on reconnaîtra donc que le sol des promenades est imprescriptible tant qu'il est mis hors du commerce pour être affecté aux usages et aux plaisirs du public; que leurs limites le sont également quand elles sont certaines et reconnues. Mais, s'il y a du doute, la possession sera consultée pour éclairer l'état des lieux; enfin, si une promenade est abandonnée par le public et devient un terrain vain et vague, un terrain inoccupé et sans destination, elle rentre dans la classe des choses prescriptibles.

165. Mais on demande si pendant qu'elle reste promenade elle peut, par prescription, être grévée de servitude au profit des habitans qui l'avoisinent.

Cette question se résout de la même manière que pour les chemins; car qu'est-ce qu'une promenade, sinon plusieurs chemins tracés avec art sous des arbres et au milieu du gazon, pour l'agrément des citoyens d'une commune? Ainsi, tous les services qu'on peut demander à une promenade, chaque habitant pourra les exiger en vertu de son droit natif, sans

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 23, p. 1135.

même avoir besoin d'un laps de temps quelconque pour prescrire ; mais il ne pourra pas aggraver ces services. Et ici il faut remarquer la différence qu'il y a entre des allées ouvertes au public pour sa promenade, et des chemins livrés à la circulation pour les besoins de l'agriculture et du commerce. Les premières ont un usage plus restreint ; elles ne sont pas destinées à être fréquentées en voiture, à être dominées par des servitudes de jours, de portes, d'issues, comme les grandes et petites routes, les rues et places des villes. Je ne pense donc pas qu'on puisse acquérir sur une promenade, par la prescription, les servitudes légalement prescriptibles qui nuiraient à l'ornement, à la commodité et à la sûreté de ceux qui ont droit de la fréquenter. L'ornement et la commodité des choses publiques ont aussi leur droit à l'imprescriptibilité : *Quia publicorum usus*, dit d'Argentré, *non solùm ex commodo, sed ex ornatu etiam et facie æstimatur* (1). Mais, si une servitude ne nuisait en rien à la destination de la promenade, j'incline à penser que la prescription la ferait maintenir.

166. Il pourrait arriver qu'un terrain vain et vague dans l'origine, et susceptible de prescription, fût converti en promenade publique. Ce changement de destination ne pourrait pas ébranler les servitudes acquises par prescription ou autrement. La promenade nouvelle devrait les supporter : c'est pourquoi l'on voit dans beaucoup de villes des promenades grevées de servitudes de sorties avec voitures, et autres que l'intérêt public ne pourrait faire disparaître qu'au moyen d'une juste et préalable indemnité.

167. Si la prescription est impuissante pour faire peser sur une promenade des charges et des services

---

(1) *Loc. cit.*, p. 1136.

privée qui nuiraient à sa destination, il n'en est pas toujours de même d'une possession très-ancienne appuyée de titres également anciens, dans lesquels les charges et les services se trouvent mentionnés comme appartenant à un particulier. C'est l'effet remarquable de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant.*

Ce point a été jugé par la cour de Nancy, dans la cause de la ville de Bar-le-Duc contre Lavocat (1).

Lavocat prétendait exercer sur la promenade publique de la ville de Bar, appelée *le Paquis*, un droit de passage avec voiture. Il ne pouvait se prévaloir d'un droit de servitude, puisqu'en mettant à part la nature et la destination du lieu, la coutume de Bar ne reconnaissait pas de servitude sans titre (2); mais il produisait un titre du 16 mai 1664, duquel il résultait que sa maison, située sur le Paquis, avait droit de passage sur ce lieu avec voitures; et, de fait, ce passage s'était exercé de tout temps par les auteurs de Lavocat, et il était certain que ce n'était qu'après cent quarante ans de jouissance que la ville avait voulu troubler cette possession. A la vérité le titre de 1664 n'était pas contradictoire avec la ville de Bar; il était pour elle *res inter alios acta;* mais Lavocat s'appuyait sur la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*, pour soutenir que l'antiquité de son titre, jointe à une possession non contestée, faisait supposer qu'il avait existé un titre constitutif et contradictoire. Ce moyen, on le voit, était tout autre que celui qu'on aurait voulu tirer de la

---

(1) Remarquez bien qu'il s'agissait d'une position fixée et acquise avant le Code civil. Mais je crois, avec M. Toullier, qu'il en serait autrement s'il fallait régler par le Code une servitude imprescriptible. Les art. 671 et 695 combinés repoussent ici l'application de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant* (M. Toullier, t. 8, n° 165).

(2) Art. 171, t. 12.

prescription; car, comme je le disais ci-dessus (1), la prescription se prouve par une jouissance ayant duré un certain nombre d'années fixes et déterminées. Ce laps de temps établi, le juge est lié; il faut qu'il adjuge le droit de propriété. Ici il s'agit d'arriver à la connaissance de ce qui a pu être jadis par une présomption qui est livrée à la sagacité du juge : c'est à lui de dire ce qu'on doit entendre par *titre ancien*; c'est à lui à voir s'il doit admettre ou rejeter la présomption.

Eh bien, l'ancienne jurisprudence était constante; elle admettait généralement la maxime sur laquelle insistait Lavocat.

« Quoique le long usage, dit Pothier, n'attribue « pas droit de servitude, néanmoins, si ma maison a « depuis très-long-temps une vue sur la maison voi- « sine, et que, dans les anciens contrats d'acquisition « qu'en ont fait mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a « ce droit de vue, les anciens contrats, soutenus de « ma possession, feront foi de mon droit de vue « contre le propriétaire de la maison voisine, quoi- « qu'il soit un tiers, et que ses auteurs n'aient jamais « été partie dans le contrat (2). »

Bourjon enseigne la même doctrine :

« Il n'est pas toujours nécessaire de rapporter le « titre constitutif de la servitude. A ce défaut, les « anciens titres constitutifs, soutenus d'une possession « non interrompue, sont regardés comme suffisans, « ainsi qu'il a été jugé par arrêt rendu en la cham- « bre des enquêtes, au rapport de M. de Brevannes, « le 19 juillet 1758 (3). »

Même opinion dans Denizart (4).

---

(1) N° 163.
(2) *Oblig.*, n° 705.
(3) T. 2, p. 2, n° 2.
(4) V° *Servitude*.

Le président Favre n'est pas moins formel. Je veux rapporter ses paroles énergiques : *Verba enunt iativa, prolata non incidenter, sed principaliter, per modum causæ, probant in antiquis, non solùm inter easdem, sed et inter alias partes. Hactenùs saltem ut contrariæ probationis onus in adversarium transferatur. Id enim antiquitati tribuendum est, per quam fit ut alias probationes haberi difficillimum sit* (1). »

Du reste, Favre et les auteurs qu'il cite, tels que Mathæus (*de Afflictis*), veulent que le titre n'ait pas moins de quarante ans (2).

Or, Lavocat produisait un titre qui avait cent quatre-vingt-quatre ans, et, de plus, il justifiait d'une possession non interrompue pendant cent quarante-quatre ans.

Son droit était donc incontestable. Il fut consacré par arrêt inédit de la cour de Nancy en date du 21 mai 1829, et rendu sur mes conclusions conformes, plaidant Me Moreau pour Lavocat, et Me Fabvier père pour la ville de Bar :

« Attendu que, si le titre de 1644 établit contre la « ville un droit de servitude que la coutume proscrit, et « qui ne peut s'acquérir que par un titre qui devrait « être contradictoire avec la ville de Bar, pour faire « preuve contre elle qu'elle aurait été ainsi consentie, « cependant il faut reconnaître que la maxime : *In an-* « *tiquis enunciativa probant*, devient nécessairement « applicable contre les tiers qui ne sont point partie « dans l'acte, lorsqu'il s'agit, comme au cas particu- « lier d'un titre dont la date remonte à un temps « extrêmement reculé, et qu'à son antiquité se joint

(1) C. *de Probat.*, def. 6, p. 303.

(2) Def. 23, note 9.

« une longue et constante possession, conforme au « titre, et qui n'aura pas été contestée ou interrompue pendant un temps suffisant à prescrire (1); qu'il « suit de là la conséquence que les stipulations du titre, « rapprochées des localités et du mode de jouissance, « indiquent un droit réellement consenti et reconnu « par toutes les parties intéressées; que ces principes « sont d'ailleurs professés par tous les auteurs, etc.; « la cour met l'appellation et ce dont est appel au « néant; émendant, dit que le passage avec voitures « sur la promenade du Paquis de la ville lui appar-« tient, pour les besoins de l'exploitation de sa pro-« priété; condamne en conséquence le maire, en sa « qualité, à ouvrir la barrière qu'il a fait pla-« cer, etc. »

168. Une fontaine communale est-elle imprescriptible?

Il faut distinguer:

Ou la fontaine surgit dans des héritages communaux et ne sert qu'à leur exploitation, et alors la prescription peut l'atteindre, comme tous les autres cours d'eau (art. 2227);

Ou bien la fontaine sert à l'usage personnel de tous les habitans, pour puiser de l'eau, s'abreuver, laver, arroser, etc.; alors elle rentre dans la classe des choses qui consistent *in usu*, et qui sont hors du commerce (2).

La prescription ne s'étend donc pas à ce genre de propriété : c'est ce que décide expressément l'empereur Zénon dans la loi 9 au C. *de Aquæductu*. Il

---

(1) Cette assertion est peut-être de trop, et rend mal, je crois, l'idée de l'arrêt.

(2) D'Argentré appelle *res quæ usibus publicis deputatæ sunt* les places publiques, les rues, et autres choses *quibus omnibus quilibet populi utitur. Suprà*, n° 164.

veut que les fontaines publiques soient rendues à leur destination, et que la prescription ne puisse mettre à couvert les usurpateurs de ces propriétés précieuses : *Diligenter investigari decernimus qui publici ab initio fontes, vel quum essent ab initio fontes privati, postquàm publicè usum præbuerunt, ad privatorum usus conversi sunt, sive sacris apicibus per subreptionem impetratis, ac multò ampliùs, si auctoritate illicitâ; nec appetito colore sacri oraculi, hujusmodi aliquid pertentatum fuisse dignoscitur : ut jus suum regiæ civitati reddatur;* ET QUOD PUBLICUM FUIT ALIQUANDO, MINIMÈ SIT PRIVATUM, SED AD COMMUNES USUS RECURRAT; *sacris oraculis vel pragmaticis sanctionibus adversùs commoditatem urbis quibusdam impertitis, jure cassandis,* NEC LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONE AD CIRCUMSCRIBENDA CIVITATIS JURA PROFUTURA (1).

On retrouve une disposition analogue, mais plus implicite, dans l'article 643 du Code civil, qui place si haut l'usage des habitans d'une commune, d'un village, d'un hameau, à une prise d'eau qui leur est nécessaire, qu'il défend au propriétaire de la source de la détourner à leur préjudice; d'où il faut conclure qu'une déviation interdite au propriétaire lui-même dans l'héritage duquel l'eau surgit est, à plus forte raison, défendue à ceux qui ne peuvent se prévaloir d'aucun droit de propriété privée; que ces derniers sont impuissans pour enlever à une fontaine publique son caractère, et pour la soustraire, par des actes quelconques, à la jouissance de la cité ou de la communauté; que, tant que subsiste la destination publique

(1) Dunod parle aussi de l'imprescriptibilité des fontaines, mais il ne cite pas cette loi décisive, p. 74. *Voyez* aussi Perezius (sur le C. *de Aquæductu*); il compare les fontaines aux rues, et les déclare même plus précieuses, 401.

de l'eau, le droit privé reste stérile; il plie devant l'utilité publique; il ne peut prévaloir contre elle par la prescription.

Mais, du moins, peut-on acquérir à titre de servitude ou de copropriété la possession perpétuelle et incommutable d'une partie de l'eau d'une fontaine publique? La prescription peut-elle donner droit à une prise d'eau n'ayant aucun caractère de précarité?

Cette question a été agitée devant la cour de Nancy, dans une espèce où les faits de la cause ont dispensé de la décider; elle touche à de graves et nombreux intérêts. Elle n'a pas paru exempte de difficultés aux magistrats à qui elle avait été soumise. Pour la résoudre, examinons une sorte de question préjudicielle dont nous devons débarrasser le terrain de notre discussion; elle consiste à savoir si une portion d'eau d'une fontaine restée publique et dont la qualité n'est pas contestée est susceptible d'aliénation.

Les lois des empereurs romains permettaient de faire des concessions de prises d'eau sur ces aqueducs, que d'immenses travaux avaient construit avec tant de profusion, et souvent avec tant de magnificence, dans toute l'étendue de l'empire. La constitution de Théodose et de Valentinien, dont voici les termes, en est la preuve (1):

Si quis per divinam liberalitatem meruerit jus aquæ, non viris clarissimis rectoribus provinciarum, sed tuæ præcellentissimæ, sedi cœlestes apices intimare debebit: condemnatione contra illum qui præces moderatoribus insinuare conatur 500 *librarum auri, et contra universos administratores qui rescriptum per subreptionem elicitum suscipere moliuntur, proponenda; apparitoribus nihilominus eorumdem viro-*

(1) L. 5, C. *de Aquæductu.*

rum clarissimorum provinciæ moderatorum, animadversionibus pro vigore tui culminis subjugandis : et amplissimâ tuâ sede dispositurâ, quid in publicis thermis, quid in nymphæis, PRO ABUNDANTIA CIVIUM CONVENIAT *deputari; quid his personis, quibus nostra serenitas indulsit,* EX AQUA SUPERFLUÂ *debeat impartiri.*

Cette constitution, qu'Anastase rappela plus tard comme loi toujours en vigueur (1), veut donc que ceux qui désirent obtenir une prise d'eau s'adressent non pas au recteur de la province, mais au préfet, et que celui-ci, après avoir consulté les autorités compétentes et avoir fait la part de l'intérêt public suivant le nombre des citoyens, accorde aux pétitionnaires ce qui peut leur être nécessaire sur le superflu de l'eau (*ex aquâ superfluâ*). La portion d'eau nécessaire aux usages publics reste inaliénable, et la concession ne peut porter que sur ce qui excède les besoins (2).

C'est encore ce qui se pratique aujourd'hui dans la plupart des villes ou communes qui possèdent des eaux abondantes : on concède aux particuliers, moyennant un cens annuel ou un prix d'achat une fois payé, un certain nombre de lignes d'eau, qu'ils conduisent dans leurs maisons par des files de cors qui ont leur orifice sur les tuyaux de la fontaine publique.

Mais on demande si ces concessions sont irrévocables, ou bien si elles ne sont que précaires et subordonnées aux besoins des habitans.

Les opinions sont partagées sur cette question. Les

---

(1) L. 11, C. *de Aquæductu.*

(2) La loi 3, C. *de Aquæductu*, règle la manière dont les concessionnaires devaient user de l'eau et comment ils devaient établir leurs tuyaux, afin de ne pas dégrader les conduits principaux de la fontaine publique. Cette constitution est des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, an 395.

uns pensent que le droit privé doit céder à l'utilité publique, et que, si les eaux communes viennent à manquer, les concessionnaires doivent faire le sacrifice de leur prise d'eau; car leur droit n'était que sur un superflu, et l'on ne peut pas apprécier le superflu d'une ville comme celui d'un particulier. Il faut considérer non-seulement le présent, mais encore l'avenir; or, les besoins à venir d'une population toujours susceptible d'accroissement sont incertains, et comme il n'est pas présumable qu'une administration éclairée ait voulu les sacrifier, on doit dire qu'il a été dans son intention de réserver le droit des générations suivantes, et que les concessions n'ont été faites que subordonnément aux nécessités ultérieures. On ne peut nier qu'il n'y ait quelque chose de très-spécieux dans cette argumentation. On la fortifie d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, qui décident qu'on ne peut acquérir par titre ou concession du prince aucune servitude de prise d'eau sur l'aqueduc d'Adrien, situé à Constantinople, ni sur les conduits de plomb qui amenaient les eaux aux bains d'Achille dans la même ville (1). Tellement que ces empereurs permettent à Cyrus, préfet du prétoire, d'envoyer des appariteurs dans les maisons des particuliers, pour rechercher si quelques prises d'eau souterraines ne portent pas atteinte à l'utilité publique : *ne qua deceptio, vel insidiæ* CONTRA PUBLICAM UTILITATEM *attentantur*.

Cependant des lois romaines non équivoques et répétées condamnent ce système. Dans la loi 4, au C. *de Aquæductu*, les empereurs Arcadius et Honorius (2) décident qu'on ne peut troubler les anciennes jouis-

(1) L. 6, C. *de Aquæductu*.
(2) An 397.

sances qui s'appuient sur leur permission. Les termes de cette loi sont précieux. Je dois les rapporter :

Usum aquæ veterem longoque dominio constitutum, singulis civibus manere censemus, NEC ULLA NOVATIONE TURBARI ; *ità tamen ut quantitatem singuli, quam* VETERI LICENTIA *percipiunt, more usquè in præsentem diem perdurante, percipiant : mansurâ pœnâ in eos qui ad irrigationes agrorum, vel hortorum delicias, furtivis aquarum meatibus abutuntur.*

Cujas insiste sur ces mots, *veteri licentiâ*, pour faire remarquer que la constitution s'applique à ceux à qui le prince avait fait des concessions, et dont le droit s'appuyait sur un titre. *Loquitur ergo de his,* dit-il, *quibus aquæ publicæ usum jamdiu princeps concessit* (1). Godefroy a copié cette remarque (2).

Ainsi donc une concession légalement faite n'est pas ambulatoire ; elle est à l'abri des innovations et de toute révocation. Voici pourquoi, car il faut chercher des raisons plausibles pour que le texte romain soit pour nous une autorité. L'eau d'une fontaine n'est publique que par sa destination : si la destination aux usages publics est changée, l'eau rentre dans le domaine privé, elle subit le niveau du droit commun. Or, dès l'instant que l'autorité légale a fait une répartition entre l'intérêt public et l'intérêt privé, et que, par une division qui était dans ses attributions, elle a assigné à un citoyen une partie d'eau retranchée de la masse commune, cette portion est sortie du domaine public par cette destination nouvelle ; l'autorité a fait pour la portion ce qu'elle aurait pu faire pour le tout. Elle a rendu une fraction d'eau au commerce ; elle l'a dégagée de ses entraves : il y a eu possibilité de l'aliéner, et

(1) Sur cette loi, Code.
(2) Note 38.

ceux qui l'ont acquise ont pour eux un titre et une bonne foi qui doivent être respectés.

Je sais bien que, si les concessionnaires ne prennent leur eau qu'au moyen de files de tuyaux passant sous la voie publique, une administration municipale jalouse de ses droits, pourra les inquiéter, en les empêchant de faire à ces tuyaux les réparations nécessaires; elle poursuivra comme un délit les coups de bêche donnés pour mettre à découvert les canaux souterrains; elle se plaindra d'excavations qui nuisent à la voirie, se prévalant de ce que la voie publique ne peut être grevée de servitudes nuisibles à la circulation des habitans; elle pourra même faire enlever les tuyaux qui ont leur passage sur un sol inaliénable et imprescriptible, et la jurisprudence de la cour de cassation viendra à son aide (1). Mais, après tout, il n'est pas impossible de concevoir une hypothèse dans laquelle le concessionnaire pourrait prendre son eau directement et sans traverser la voie publique; alors la commune n'aurait aucun moyen de troubler des concessions de tous points irréprochables. Elle ne pourrait qu'exproprier pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (2).

Quant à la constitution des empereurs Théodose et Valentinien, que je citais tout à l'heure comme objection, tous les interprètes s'accordent à remarquer qu'elle est spéciale pour les bains d'Achille et pour l'aqueduc d'Adrien (3).

Opposera-t-on la loi 9, au C. *de Aquæductu*, dont les termes ont déjà passé sous les yeux du lecteur? dira-t-on que cette loi révoque d'une manière générale

(1) *Suprà*, n° 140.
(2) Art. 643, C. civ.
(3) Perezius, ad Codic. *de Aquæductu*, n° 9.

les aliénations d'eau faites par décrets du prince, et les assimile à des usurpations?

Mais nous répondrons avec Cujas (1), Godefroy (2) et Brunemann (3) que la loi 9 ne parle que des fontaines publiques que la faveur exagérée du prince avait en totalité attribuées à des particuliers au détriment de l'intérêt général, tandis que, dans la loi 4, il n'est question que de servitudes et de simples usages réglés après avoir fait un partage équitable qui avait conservé à l'intérêt public ses droits imprescriptibles.

Disons donc qu'une portion d'eau dépendant d'une fontaine publique peut être aliénée par l'autorité compétente, et que cette distraction d'un superflu que l'administration a voulu utiliser est définitive.

De l'aliénabilité d'une chose, on a coutume de conclure à son imprescriptibilité : faut-il donc décider sans hésitation que celui qui pendant trente ans a pratiqué une prise d'eau à une fontaine publique en a acquis la propriété incommutable par la prescription? C'est ici que commence le vif de notre question.

Si nous voulions nous contenter de vagues abstractions, nous pourrions faire un raisonnement qui abrégerait notre tâche, et dire : « Puisque le superflu des eaux d'une fontaine publique est dans le commerce, on peut donc le prescrire de même que l'aliéner ; » mais cet argument ne serait qu'un faux-fuyant pour échapper à de sérieuses difficultés d'application : nous ne saurions donc nous en contenter; c'est pourquoi nous nous livrerons à quelques distinctions essentielles. Le *distinguo* de l'école est souvent la meilleure arme de la raison.

(1) Sur la loi 9, C. *de Aquæductu.*
(2) Sur la même loi.
(3) Sur la même loi.

Il y a des villes où des réglemens généraux ont déterminé la quantité d'eau des fontaines publiques de nature à être concédées aux habitans. A Marseille, par exemple, il est permis d'accorder un denier (1). Dans ce cas, on ne peut s'empêcher de reconnaître que tout ce qui est compris dans cette portion aliénable est prescriptible, et celui qui aurait joui pendant trente ans d'un denier d'eau ou autre fraction retirée du domaine public, et déclarée inutile au besoin des habitans, en deviendrait propriétaire. Cette proposition me paraît incontestable.

Devrait-on en dire autant dans le cas où le possesseur aurait joui non-seulement d'un denier ou de la fraction concessible à chaque habitant, mais encore d'une quantité plus considérable?

Le tribunal de Marseille a jugé l'affirmative par une décision au possessoire qui fut l'objet d'un pourvoi rejeté par la cour de cassation, le 21 mars 1831 (2).

Le maire de la ville de Marseille ayant reconnu que la dame d'Ollières avait une prise d'eau de neuf ou dix deniers, au lieu d'un denier qui lui avait été originairement concédé, crut pouvoir réduire ce volume d'eau à la limite autorisée par les réglemens; mais la dame d'Ollières se pourvut en réintégrande, et le tribunal de Marseille, ayant été saisi par appel de la connaissance de cette contestation, pensa que la demanderesse avait pu dépasser par la possession la quantité d'eau d'un denier. Si l'on peut dire que les eaux destinées à l'usage des habitans sont inaliénables ou imprescriptibles, disait-il dans ses considérans, il n'en est pas de même du superflu de ces mêmes eaux qui aurait été aliéné, ce superflu rentrant dans le domaine

(1) *Voy.* l'espèce rapportée par M. Dalloz (31, 1, 152, 153).
(2) Dall., 31, 1, 152, 153.

privé de la commune; or, l'existence de ce superflu est notoire, car par délibération du 5 novembre 1828, le conseil municipal a offert de faire des concessions aux habitans, et si la dame d'Ollières se fût adressée à la juridiction gracieuse de l'autorité municipale, elle aurait pu facilement obtenir ce qu'elle a acquis par prescription.

Cette argumentation me semble irréprochable. En effet, sur quoi étaient pris les huit ou neuf deniers d'eau qui outrepassaient la concession primitive? Etait-ce sur la portion d'eau réservée aux habitans? Nullement; c'était sur cet excédant distrait du domaine public par la commune elle-même, et formant la masse d'eau mise en réserve pour être vendue aux différentes maisons de la ville. La dame d'Ollières entamait non la portion indisponible, mais la portion disponible des eaux de la fontaine.

On m'objectera peut-être la loi 4, au C. *de Aquæductu*, qui ordonne que les possessions actuelles soient maintenues à la limite des anciennes permissions. Mais, d'abord, rien ne prouve que, dans l'idée de cette loi, il y eût des extensions de jouissance; tout semble indiquer, au contraire, que la possession était restée conforme au titre : *More usquè in præsentem diem perdurante.*

D'ailleurs, serait-il clair que la loi 4 ait voulu réduire et non conserver les possessions actuelles? Il ne faudrait cependant pas se hâter de conclure que le tribunal de Marseille a mal jugé : la matière que nous traitons est très-subtile; les moindres nuances dans les faits peuvent changer le point de droit, et les analogies ne doivent être embrassées qu'avec les plus grandes précautions.

Dans l'espèce jugée par le tribunal de Marseille, un réglement général scindait les eaux en deux, si je

puis ainsi parler. La ligne qui sépare le domaine privé du domaine public était hautement marquée, et c'est dans le cercle du domaine privé que la possession de la dame d'Ollières se retranchait, même pour l'excédant qu'elle s'était attribué. Mais supposons qu'il n'y ait pas de réglement général, que les concessions soient toutes individuelles, et que le domaine public de la commune ne soit restreint qu'au fur et à mesure de demandes privées, arrivant séparément, et nécessitant chaque fois une appréciation des besoins des habitans. Dans cette hypothèse, celui qui dépasserait la mesure de sa concession serait peut-être embarrassé pour établir que c'est sur le domaine privé qu'il a pris son excédant; car tout ce qui est hors des concessions partielles est dans le domaine public de la commune, toujours inaliénable et imprescriptible. N'y ayant pas de partage opéré, et aucun arrêté général ne déterminant invariablement et d'avance ce qui est réservé à l'usage public et ce qui doit être rendu en bloc au commerce privé, il s'ensuit que le domaine public affecte l'eau tout entière; ce n'est que successivement que des distractions s'opèrent dans un intérêt individuel sur ce qui est du domaine public : donc tout ce qui n'est pas excepté reste public; donc tout ce qui dépasse l'exception est un empiétement sur le domaine public. Voilà la différence que je voulais faire sentir entre les deux espèces; elle est réelle, et ne saurait passer inaperçue pour le moment. Je ne résous pas cette seconde espèce dans un sens opposé à celle sur laquelle le tribunal de Marseille a statué; je me contente de la poser : elle recevra sa décision par les observations que nous présenterons sur l'hypothèse qui va suivre.

Après avoir supposé qu'une commune a fait un

réglement pour la distribution de ses eaux, c'est-à-dire pour la conservation d'une partie et l'aliénation de l'autre, admettons le cas, plus difficile et plus fréquent, où il n'y a pas de réglement de cette espèce, et où le possesseur n'a pour lui aucun titre de concession. Il a opéré une prise de trois lignes d'eau sur la file de tuyaux de la fontaine publique, et en a joui pendant trente ans; au bout de ce temps, le droit des habitans pourra-t-il réclamer avec succès contre cette appropriation d'une chose originairement publique?

Écartons d'abord la loi 4, au C. *de Aquæductu*, dont on pourrait être tenté de se prévaloir pour justifier la prescription. Dans l'espèce de cette loi, il y avait un titre de concession, *veteri licenciâ*, et ici nous supposons qu'il n'y en a pas. La question reste donc entière.

Pour l'affirmative on dira : « L'administration municipale aurait pu aliéner ces trois lignes d'eau; elle aurait pu les transformer en eau privée, au moyen d'un titre qu'elle aurait concédé à celui qui l'aurait sollicité : or, la prescription, qui supplée au titre et en fait supposer l'existence, doit produire le même résultat. Et comment pourrait-on en douter? La jouissance trentenaire et exclusive de ces trois lignes d'eau ne prouve-t-elle pas que les habitans n'en avaient pas besoin, et que c'était pour eux un superflu? Eh bien! si c'est un superflu, l'aliénabilité est de droit, et avec elle la faculté de prescrire. »

Cette argumentation paraît, au premier coup d'œil, tout-à-fait irrésistible; mais, en la soumettant à un examen approfondi, le prestige disparaît, et le paradoxe est tout ce qui en reste. En voici la preuve.

Pour pouvoir prescrire, il faut une possession pu-

blique, non équivoque, à titre de propriétaire (1). De plus, n'oublions pas que ce que la prescription tend à conquérir, dans notre hypothèse, c'est un superflu, et rien de plus; car le superflu est seul aliénable. *Ex aquâ superfluâ,* disaient les empereurs Théodose et Valentinien. Le nécessaire est inattaquable par la possession (2). On n'a pas même la pensée de le diminuer.

Eh bien! quand je recherche si la possession d'un superflu peut être non équivoque et à titre de propriétaire, je trouve de tout côté de radicales impossibilités.

Le superflu est corrélatif avec les besoins de la population, et il est inutile de dire que les besoins d'une commune sont infiniment variables. Aujourd'hui, les réservoirs semblent contenir un excédant d'eau considérable; mais, demain, la nécessité d'ériger une fontaine dans un quartier nouveau va appauvrir la source et ramener dans les bornes du strict nécessaire. Une sécheresse tarira plusieurs veines qui alimentent l'aqueduc, et les habitans seront exposés à manquer, malgré les calculs d'un moment qui les déclarent trop riches. Ulpien a dit : *Quædam talia sunt ut in præsenti quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant* (3). Cette pensée trouve ici son application. Le possesseur qui parle du superflu d'une commune susceptible d'augmentation, est censé avoir calculé les chances de l'avenir, qui peuvent annuler la jouissance du présent; il a tenu compte des besoins d'une autre époque, et des accidens probables de nature à augmenter le nécessaire; il a subordonné sa pos-

(1) Art. 2229. *Infrà*, nº 336 et suiv.
(2) Argument de l'art. 643, C. civ.
(3) *Suprà*, nº 136.

session à ce nécessaire, qu'il n'a pas eu la volonté de restreindre, et dont toutes les variations ont été présentes à son esprit prévoyant. Il a donc reconnu forcément que sa possession manquait de stabilité et d'avenir, qu'elle n'avait rien de certain, ni quant à sa durée, ni quant à la quantité; qu'un droit supérieur au sien pouvait à tout moment la restreindre, ou même la faire disparaître; que cette possession n'était qu'un intervalle passager, plus ou moins long sans doute, mais toujours provisoire et dominé par la crainte d'une éviction toute légale et acceptée d'avance. Or, je le demande, est-ce là une possession sans équivoque et à titre de propriétaire? Jouit-il *animo domini*, celui qui se condamne à une position si secondaire et si timide; qui ne jouit qu'en attendant; qui n'entend causer à son adversaire aucun préjudice; qui n'a pas le ferme propos de posséder exclusivement, sans partage et pour toujours, et de repousser comme une atteinte tout ce qui limiterait ou effacerait son droit? Il faut trancher le mot, une telle possession n'est que conditionnelle et précaire (1); elle ne peut fonder un droit. C'est ainsi que le pauvre qui attend le superflu de la table du riche, et qui en a profité pendant trente, quarante ans, n'a pas le droit de l'exiger pour l'avenir; c'est ainsi également que celui qui, au moyen de la vaine pâture, a perçu pendant le plus long temps les herbes inutiles et superflues qui croissent dans un champ, ne peut s'opposer à ce que le propriétaire vienne se clore ou mettre son bien en culture (2). Partout où la possession se borne à un superflu, vous trouvez le vice de précaire, qui rendra la jouissance insuffisante pour prescrire.

(1) *Infrà*, n° 384.
(2) *Infrà*, n° 390.

Si maintenant de l'intention du possesseur nous passons à l'intention de celui contre qui il prétend avoir prescrit, le même vice se manifestera aussi hautement. Une commune peut n'avoir pas le besoin actuel de la totalité de l'eau de ses fontaines ; elle tolère pendant un temps plus ou moins long des détournemens qui ne lui nuisent pas. Mais ce silence pourra-t-il être jamais comparé à une abdication de son droit ? n'est-il pas un acte de complaisance et de familiarité ? Pourquoi, en effet, l'autorité municipale se serait-elle opposée, par une rigueur peut-être exagérée, à ce qu'un habitant utilise jusqu'à nouvel ordre une eau qui se perdrait dans les fontaines publiques ? *Quidni enim*, dit Cicéron, *alteri communicentur, quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta?* (1) ? La tolérance est donc ici manifeste de part et d'autre : du côté de la commune, qui laisse prendre ce qui, pour le moment, n'a pour elle aucune valeur ; du côté du possesseur, qui ne le reçoit qu'en reconnaissant le droit supérieur de la commune, et en attendant qu'elle ait besoin (2).

Par là on voit la grande différence qui existe entre ce cas, où il y a un titre concédé par l'autorité supérieure, et celui où il n'y en a pas. Dans la première hypothèse, peu importe au possesseur que l'eau concédée soit un superflu : il n'a pas à s'en enquérir ; c'est l'affaire de l'administration qui, dans sa prévoyance, a dû calculer les besoins des habitans, et régler là-dessus ses concessions. Quant à lui, il possède l'eau *animo domini*, et non comme superflu ; il la possède comme un démembrement du domaine public, comme chose prescriptible, parce qu'elle a été légalement distraite de sa destination publique. Il ne reconnaît pas de droit

(1) *Suprà*, n° 144, et *infrà*, n° 384.
(2) *Infrà*, n° 390.

supérieur au sien ; il ne se croit pas obligé de céder, si la commune vient à manquer.

Mais dans la seconde hypothèse il en est autrement : le superflu n'a pas été déterminé par l'autorité compétente ; c'est le possesseur qui a entendu opérer la distraction, et il ne l'a pu qu'à titre de *superflu :* or, en inscrivant sur sa possession le mot de superflu, il se ferme la voie de la prescription ; il se réduit à une condition précaire ; il s'emprisonne dans un cercle vicieux, dont rien d'utile et de solide ne peut sortir. Il est maintenant facile de nous résumer.

Une fontaine publique, de même qu'une rue et une place, est imprescriptible tant qu'elle conserve son caractère public.

Mais, de même que l'autorité compétente pourrait faire cesser la destination de cette chose, et la rendre pour le tout au commerce privé, de même elle a le pouvoir de faire cesser cette destination pour partie, et de mettre dans le commerce ce qui excède les besoins des habitans. Ce changement de destination peut s'opérer de deux manières.

D'abord, par un réglement général portant que les eaux sont assez abondantes pour qu'il en soit fait concession d'une ou de plusieurs lignes à chaque chef de maison. Pour connaître la somme d'eau devenue privée, il suffit de compter le nombre de ménages que possède la commune, et de le multiplier par la quantité d'eau aliénable. Le total donne le chiffre, le maximum de ce qui peut être aliéné, et la prescription peut librement s'exercer dans ce cercle, parce que, pour cette part, il y a divorce accompli entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

Le changement partiel de destination peut aussi s'opérer par des concessions individuelles et isolées, sans que l'administration ait réglé à l'avance le maximum

de l'eau aliénable, faites par la commune dans les formes légales, ces concessions sont irrévocables. Les habitans ne peuvent en être privés que pour cause d'utilité publique; mais, dans cette seconde hypothèse, ils ne doivent pas dépasser le volume d'eau que leur titre leur concède. S'ils l'étendaient par une jouissance abusive, ils usurperaient une portion d'eau restée publique, et par conséquent imprescriptible.

Enfin, si la commune n'a fait aucune concession, si aucun réglement ne divise les eaux en deux parts, l'une indisponible, l'autre aliénable, la possession de ceux qui ont joui, pendant trente ans et plus, des eaux surabondantes, ne saurait être une possession suffisante pour prescrire; car elle n'a pu s'exercer que sur un superflu, seule chose qui soit dans le commerce. Or, celui qui consent à ne jouir que d'un superflu se condamne au rôle de possesseur provisoire; il reconnaît un droit supérieur devant lequel il est prêt à se retirer, suivant telle ou telle condition; il jouit précairement, et non pas *animo domini*. C'est un cas où la prescription est impuissante pour produire les mêmes effets qu'un titre conventionnel. Si dans une théorie abstraite elle semble possible, dans la pratique et dans le fait, elle échoue par l'impossibilité de se réaliser par une possession qualifiée.

169. Notre article s'applique encore aux monumens publics appartenant aux villes, et conservés soit pour leur décoration, soit comme objet d'art. Le beau temple romain que l'on admire à Nîmes, et qui porte vulgairement le nom de maison carrée, a été jadis, au milieu des ténèbres de la féodalité, en la possession de je ne sais quel seigneur barbare qui en avait fait son écurie. Les magnifiques arènes de cette ville ont été habitées, pendant de longues années, par des familles qui y avaient établi leur demeure, cherchant un asile con-

tre les invasions des peuples du nord. Mais ces restes de l'antiquité romaine ont été arrachés enfin à la propriété privée pour rester le patrimoine de tous ceux qui aiment l'architecture et l'histoire; désormais ils sont dans le domaine public, et la barbarie ne peut plus les atteindre.

On conçoit également que nulle possession, quelque prolongée qu'elle fût, ne pourrait grever ces monumens de servitudes qui les dégraderaient. Quelle est la jurisprudence vandale qui donnerait un brevet d'existence à une servitude *oneris ferendi* sur la cathédrale de Strasbourg, ou sur l'arc de triomphe d'Orange, ou sur le palais de la Bourse de Paris (1). En ce sens, la barbarie ne prescrit pas contre la civilisation, et les arts ont aussi leur article 2226.

Faisons toutefois une remarque. Plusieurs de ces beaux restes de l'antiquité peuvent se trouver encore aujourd'hui détériorés par le mélange de la propriété privée, qui, dans le moyen âge, s'était attachée à eux, sans respect pour ce qu'ils ont de vénérable. Le magnifique aqueduc bâti par les Romains dans les environs de Metz, et connu sous le nom d'Arches-de-Jouy, est obstrué par de misérables barraques qui s'appuient contre ses piliers grandioses. Comme ces possessions remontent à une époque où, d'après le droit public alors existant, tout ce qui était dans le domaine public, pouvait tomber dans le domaine privé, elles doivent être respectées à titre de droit acquis; les propriétaires des maisons dont je parle ne pourraient donc être dépossédés que pour cause d'utilité publique. Mais je pense que si, à l'heure qu'il est, ils tentaient d'aggraver des servitudes si funestes déjà pour les beaux-arts, leurs entreprises devraient être réprimées par l'article 2226.

(1) *Infrà*, n° 273.

170. Sont également imprescriptibles les choses affectées au public pour l'exercice d'un culte religieux, comme les églises, les cimetières, etc. (1).

En octobre 1817, de Laurière forme, devant le juge-de-paix de Nerac, contre la fabrique de Moncaut, une action en réintégrande fondée sur ce qu'elle avait fait démolir deux escaliers et un garde-fou qu'il prétendait établis sur son propre terrain, et qui servaient d'entrée à une chapelle faisant partie de l'église paroissiale.

Sentence du juge-de-paix qui condamne la fabrique à rétablir les lieux.

Appel de la fabrique, qui soutient que la chapelle dont il s'agit fait partie de l'église; que le service divin y est célébré publiquement à certains jours de l'année; que les choses sacrées sont imprescriptibles, et que par conséquent elles ne peuvent jamais donner lieu à une action possessoire; que l'ordonnance du 24 septembre 1539 (articles 14 et 15) dispose que « nul « ne peut prétendre droit ni possession au dedans des « églises et chapelles, pour y avoir des bancs, siéges « ou oratoires, s'il n'est patron ou fondateur d'icelles, « et s'il n'en justifie pas titres; » que les lois des 12 juillet 1790 et 20 avril 1791 ont supprimé toutes les distinctions féodales attachées à la qualité de patron et de seigneur haut-justicier, et notamment le droit exclusif d'entrer dans les églises et chapelles collatérales, par droit de justice seigneuriale.

De Laurière répond qu'il n'agit pas en qualité de patron ou de seigneur, mais à titre de propriétaire d'un terrain dans lequel il a été troublé; que la cha-

(1) L. 2, C. *Ne rei dominicæ vel templor.* Caïus, *Inst.*, com. 2. nº 48. D'Argentré, art. 266, ch. 20, p. 1120. Voët, *de Usucap.*, nº 12; Despeines, p. 446, nº 34. Dunod, p. 74.

pelle lui appartient; qu'elle a été construite par ses ancêtres, dans une écurie dépendant de leur château et adossée au mur de l'église; qu'ils avaient ensuite percé l'ouverture d'une porte dans ce mur, pour mettre la chapelle en communication avec l'église; mais que ce fait n'avait pas dénaturé leur droit.

Si ce système du sieur de Laurière eût pu être vérifié par la discussion des titres, il aurait évidemment changé l'état de la question. La difficulté n'aurait plus consisté à savoir si une église est prescriptible ou non; car, d'après le demandeur, cette chapelle n'était rien moins que l'église même, et l'origine qu'il lui assignait en faisait une propriété privée. Mais les discussions de titres effraient souvent les tribunaux dans le jugement des actions possessoires; ils craignent qu'on ne leur reproche de cumuler le pétitoire avec le possessoire. Le tribunal crut donc (à tort, à mon avis) que ses pouvoirs ne lui permettaient de tenir compte que de l'état actuel des lieux. Il s'attacha à établir que la situation des choses semblait protester contre les allégations de de Laurière; que l'église était composée d'une nef et de deux chapelles latérales, dont l'une était celle réclamée par de Laurière; que ces deux chapelles étaient placées vis-à-vis l'une de l'autre, et qu'elles étaient une partie intégrante de l'église. Puis, partant de ces circonstances de fait, et sans vérifier si la possession de de Laurière se rattachait ou non à une propriété antérieure à celle prétendue par la fabrique, il écarta l'action du demandeur et confirma la sentence.

Sur le pourvoi en cassation, la section civile se prononça de la manière suivante, par arrêt du 1er décembre 1823 (1):

« Attendu qu'en décidant que les églises et cha

(1) Dall., *Action possessoire*, p. 251. *Palais*, 1825, t. 3, p. 414. Sirey, 24, 1, 151.

« pelles consacrées au culte divin ne peuvent, sans « qu'elles conservent leur destination, devenir l'objet « d'une action possessoire, le tribunal de Nérac n'a « fait que se conformer à un principe universellement « reconnu; attendu qu'il a jugé, en fait, que la chapelle « dont il s'agit est une partie intégrante de l'église; « que le culte divin y était publiquement célébré à « des époques périodiques de l'année; *que la fabri-« que de la paroisse en était en possession à l'épo-« que où ont été faits les ouvrages qui ont donné « lieu à l'action intentée par le demandeur*, RE-« JETTE... »

Dès le moment qu'il résultait de la décision rendue par le tribunal, que *la possession appartenait à la commune*, le rejet devenait infaillible et l'invocation des principes était même inutile, tout se réduisant, dans une instance possessoire, à un pur fait de possession annale. Ainsi, bien que le tribunal eût mal conçu l'objet du litige et forcé les circonstances de la cause, la cour de cassation se trouvait liée par le point de fait déclaré constant. Du reste, les vérités rappelées par la cour de cassation sur l'imprescriptibilité des choses sacrées sont certaines, et c'est particulièrement pour les mettre en relief que j'ai cité son arrêt.

Ce que la jurisprudence a décidé pour la possession d'une partie réelle et foncière d'une église, elle l'a appliqué avec la même opportunité aux possessions de places et de bancs dans des édifices consacrés au culte. On peut consulter à cet égard un arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1825 (1).

Au surplus, nous devons faire ici une observation qui n'est pas sans importance.

(1) Dall., 25, 1, 276. *Palais*, 1825, t. 3, p. 447.

Chez les Romains, une chose sacrée ou sainte devenait imprescriptible par cela seul qu'elle portait le sceau de la religion nationale, quoiqu'elle ne servît qu'à l'usage d'un simple particulier (1): c'était l'effet de la puissance que les cérémonies du culte exerçaient sur l'esprit des Romains, et du rôle qu'elles jouaient dans leurs institutions politiques. Chez nous, il n'en est pas de même: une chose sacrée n'est hors du commerce qu'autant qu'elle est publique. Une chapelle privée, un lieu d'inhumation qu'on aurait sur son propre terrain, n'ont rien d'imprescriptible; car ce n'est pas la consécration religieuse qui retire la chose du commerce, c'est son affectation à un usage public. Cette différence entre nos idées et celles des Romains a été signalée par Domat (2). Elle tient à ce que nos institutions ont toujours été moins esclaves des formes extérieures et solennelles, et qu'elles considèrent beaucoup plus l'utilité réelle que l'empire des cérémonies.

171. Lorsqu'une église cesse d'être affectée au culte public des habitans, soit parce que l'autorité compétente lui donne une destination profane, soit parce qu'elle est démolie, et qu'il n'en reste plus que l'emplacement, elle tombe sous l'empire de la prescription (3). Nous ne suivons pas en France les lois romaines d'après lesquelles le caractère sacré s'attachait au terrain, indépendamment des édifices qu'il supportait, et survivait à leur démolition (4).

172. D'Argentré met dans le rang des choses imprescriptibles les vases sacrés, les ornemens et autres accessoires du culte. *Instrumentum sacrorum omne*,

---

(1) *Inst.*, *de Rer. divis.*, §§. 7, 8, 9.

(2) Liv. 3, t. 7, sect. 5, n° 2, note. *Junge* M. Vazeille, n° 1, n° 97.

(3) Domat, *loc. cit.*

(4) *Inst.*, *de Rer. divis.*, § 8. Papinien, l. 73, D. *de Cont. empt.* Pomponius, l. 6, D. *Eod.* Ulp., l. 9, § 5, D. *de divis. Rer.*

vestes, aulæa quæ consecrantur, lintea, vela conditoria sanctorum cinerum, martyrum memoriæ et reliquiæ, vasa (1). Cette opinion pouvait être vraie du point de vue des lois romaines qui considéraient l'imprescriptibilité comme concomitante avec la consécration du prêtre; mais je ne la crois pas admissible dans le droit français. Les objets dont il vient d'être question ne sont pas publics; ils sont la propriété de la fabrique; les habitans n'en ont pas l'usage; ils peuvent être aliénés, échangés, vendus. Ce serait s'éloigner de la réalité que de les considérer comme étant hors du commerce, dans le sens de l'article 2226.

173. Une église pourrait-elle être grevée, par prescription, d'une servitude qui ne nuirait pas à sa destination, et qui ne porterait aucun préjudice sensible à l'usage que tous les habitans doivent en avoir? Par exemple, trouverait-on dans la possession continuée pendant trente ans la raison de légitimer une servitude *oneris ferendi* sur une chapelle ou sur une église de village?

Je crois l'affirmative préférable, par la raison que la destination publique reste entière, et que cette servitude n'a rien qui paralyse le droit individuel des habitans. A la vérité, si cette église ou cette chapelle étaient des monumens de l'art, élevés ou conservés non-seulement pour les cérémonies du culte, mais encore pour l'ornement de la cité, l'intérêt public réclamerait sans cesse contre ce qui pourrait les dégrader (2); car ce serait le cas de dire avec d'Argentré: *Publicorum usus non solùm ex commodo,* SED EX ORNATU ETIAM ET FACIE, *æstimatur* (3). Mais, si cette église n'a rien de

(1) P. 1121, art. 266, cap. 20. *Voy.* la loi 21, au C. *de Sacros. eccles.*
(2) *Suprà*, n° 169.
(3) P. 1136, art. 266, C. 23, n° 2.

monumental; si, par exemple, dans la partie qui ne fait pas façade, elle est en contact avec des habitations privées, la servitude n'aura rien qui blesse la destination publique de la chose.

174. Sont pareillement imprescriptibles les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et forteresses (1); car les places de guerre et leurs dépendances sont hors du commerce; nul ne peut en déposséder l'État par les moyens du droit civil, et contraindre judiciairement la garnison à *vider les lieux après sommation, et à déguerpir avec armes et bagages* (2).

Mais, d'après l'article 541 du Code civil, si ces places ne sont plus places de guerre, la prescription commence son action sur les terrains, fortifications et remparts qui ont servi jadis à leur défense.

Reste à savoir comment se prouve le changement de destination.

M. Garnier pense que l'abandon par l'État continué pendant trente ans, et l'occupation pendant le même délai par la possession privée, sont un signe suffisant qu'une place de guerre a perdu son caractère (3). Mais c'est aller beaucoup trop loin, et je regarde cette opinion comme inexacte, par les motifs que j'ai développés *suprà*, numéro 163.

M. Vazeille est moins absolu (4); il veut que l'on consulte les circonstances. « Quelques documens et une « grande notoriété peuvent, dit-il, appuyer suffisamment une possession exclusive. Quant à la suppression ou à l'abandon des places de guerre, la chose

(1) Art. 540, C. civ.

(2) Expression de M. le procureur général Dupin (plaidoyer à la cour de cassation, dans l'affaire de la citadelle de Blaye).

(3) *Des Chemins*, p. 28.

(4) Nº 96.

« s'est opérée souvent sans ordonnance, et c'est un « fait si patent par l'état des lieux et par la notoriété, « qu'on ne saurait exiger d'autre preuve que l'évi« dence du fait même, devenue encore plus grande par « la possession exclusive qui l'a suivie. »

Enfin, la cour de cassation, aussi radicale dans un sens opposé que M. Garnier l'est dans le sien, a décidé, par arrêt de cassation du 3 mars 1828, qu'une place de guerre ne peut perdre sa destination par le non usage, et que, tant qu'il n'est pas intervenu une ordonnance du Roi, ou une décision du ministre de la guerre qui la déclasse, elle demeure imprescriptible (1).

Pour prendre parti entre ces deux dernières opinions, les seules dont je crois qu'on puisse tenir un compte sérieux, il faut avant tout s'entendre sur ce que c'est qu'une place de guerre. Sous le règne de la féodalité, presque toute la France était hérissée de forteresses, qui soutenaient de petits siéges contre de petits tyrans, qui protégeaient de petits empires contre de petites armées. Ces fortifications et ces tourelles, ces portes avec leurs machicoulis et leurs ponts-levis, ces fossés et ces créneaux, tout cela a disparu avec les dangers de l'époque; ce n'est plus qu'un sujet de curiosité pour celui qui étudie l'histoire ou pour l'artiste qui veut orner son album de dessins pittoresques. La défense du royaume n'est pas là, et il serait déraisonnable de décorer du nom de place de guerre ces débris inutiles des luttes locales de nos aïeux. Nul doute que celui qui aurait transformé en jardins leurs fossés vides et desséchés, et logé sa paisible famille sous les vieux murs de la citadelle démantelée, trouverait dans la prescription un asile assuré contre les prétentions

(1) Dall., 28, 1, 157. *Palais*, 1828, 2, 585. Sirey, 28, 1, 146.

du génie militaire. Aussi n'est-ce pas à ces décombres de la féodalité que s'applique l'arrêt de la cour de cassation.

Mais ce que l'on appelle places de guerre, ce sont les villes et postes compris dans le tableau officiel dressé en vertu de la loi des 8 = 10 juillet 1791, et annexé à cette loi; car l'article 2 du titre 1[er] porte : « Ne seront « réputés places de guerre et postes militaires que ceux « dénommés au tableau annexé au présent décret. »

Et les articles 3 et 4 ajoutent :

« Art. 3. Dans les places de guerre et postes mili- « taires désignés en l'article précédent, si un examen « ultérieur prouvait que quelques forts, citadelles, « tours ou châteaux sont absolument inutiles à la dé- « fense de l'État, ils pourraient être supprimés ou dé- « molis en tout ou en partie, et leurs matériaux et « emplacemens aliénés au profit du trésor public. »

« Art. 4. Nulle construction nouvelle de places de « guerre ou postes militaires, et *nulle suppression ou* « *démolition de ceux actuellement existans*, ne pour- « ront être ordonnées que d'après l'avis d'un conseil « de guerre, confirmé par un décret du corps législa- « tif, sanctionné par le Roi. »

On le voit donc ! c'est dans la loi qu'est le titre d'une place de guerre, et elle ne peut le perdre que par la loi : aucune parité ne saurait donc être établie entre le droit positif et précis qui les régit, et les règles que nous avons exposées pour les chemins vicinaux (1). Le non usage ne peut être opposé au génie militaire; il n'enlève rien aux droits que le domaine public conserve sur la place. L'état de paix peut se prolonger assez long-temps pour que le Gouvernement laisse sommeiller ces droits; mais, quelque long que soit ce repos, la qualité de place

(1) *Suprà*, n° 163.

de guerre subsiste indéfiniment; il faut l'intervention du pouvoir public pour enlever à la France l'un de ses moyens de défense dans les jours de péril. On comprend à la première vue les hautes considérations d'intérêt public et de sûreté nationale qui militent ici pour écarter tout ce que nous avons exposé au numéro 168 sur les chemins vicinaux.

Eh bien! dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il s'agissait d'une prescription qu'on prétendait acquise sur la rampe des remparts de Calais, ville qui se trouve énumérée parmi les places de guerre de première classe.

Mais, dira-t-on, si la prescription ne saurait enlever à une place de guerre classée son rang et sa position privilégiée, en est-il de même de quelques parties de ses remparts et de ses ouvrages de défense qui peuvent devenir inutiles? Le non usage ne peut-il pas laisser périr ces ouvrages et les rendre au commerce, quoique la ville reste toujours ville de guerre?

Non, sans doute! le titre 4 de la loi des 8=10 juillet 1791 contient un article (c'est l'art. 2) qui donne au ministre de la guerre le droit de décider quels sont les bâtimens et emplacemens qui ne sont pas nécessaires au service de l'armée, pour les faire remettre aux corps administratifs, à l'effet de les incorporer parmi les propriétés aliénables; mais il est évident, et c'est ce que la cour de cassation a très-bien décidé, que ces changemens de destination ne peuvent résulter que d'ordonnances ou de décisions ministérielles, et des procès-verbaux réguliers de remise ou d'actes équipollens. Sinon, une place de guerre perdrait en détail, par le non usage, tous ses moyens de défense; et, quoiqu'elle restât place de guerre de nom, elle se verrait enlever de fait, par la prescription, tout ce qui constitue sa force, tout ce qui fait qu'en réalité elle est place

de guerre, et non ville ouverte ; ce serait entièrement effacer par un détour les dispositions du titre 1er de la loi de 1791.

175. Nous avons à peu près épuisé l'énumération des choses qui sont imprescriptibles, parce qu'elles ne sont pas dans le commerce, soit par l'effet de leur nature propre, soit par la destination de la loi. Mais la volonté d'un particulier a-t-elle la puissance de retirer une chose du commerce, et de la rendre imprescriptible ? Non, suivant d'Argentré : *Nego contractu, testamento, vel ullâ privatâ juris aut commercii potestate, publici juris vim impediri posse, quoad extraneos quidem, si non eorum acquisitionibus intercedituir; illamque solius legis et consuetudinis potestatem esse puto; idque demum si publica et legalis et universalis sit prohibitionis causa* (1).

Et c'est en se fondant sur cette grande raison que Dunod pensait que les biens substitués, malgré la faveur des fidéicommis, n'étaient pas imprescriptibles par trente ou quarante ans (2). C'était aussi le sentiment de beaucoup d'auteurs non moins graves, Ricard, Domat, Pothier.

M. Merlin (3) estime, au contraire, que le parti de l'imprescriptibilité était préférable, et Thévenot assurait qu'il avait toujours vu tenir et juger à Paris contre la prescription. Maynard (4) cite deux arrêts du parlement de Toulouse qui l'ont ainsi décidé.

Cette opinion était la plus générale ; mais, comme elle se rattache à des intérêts qui s'effacent de jour en

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 25, no 9. *Junge* Dunod, p. 80.

(2) Part. 3, chap. 4, p. 260.

(3) *Répert*, vo *Substitution fidéicom.*, p. 195.

(4) Liv. 7, chap. 66.

jour, nous croyons inutile de la discuter longuement. Nous y reviendrons au numéro 795.

176. Il ne nous reste plus, pour accomplir la longue tâche que nous a imposée l'article 2226, qu'à jeter un coup-d'œil rapide sur certains droits qui, sans rentrer dans la catégorie de ceux que l'article 2226 a en vue, n'en sont pas moins imprescriptibles.

D'abord nous verrons, en commentant l'article 2240 du Code civil, qu'on ne peut prescrire contre son titre. Cette disposition a une grande portée; elle soustrait au réseau de la prescription une foule de droits. Nous en ferons ressortir en temps et lieu toute l'étendue.

177. D'après les articles 690 et 691 du Code civil, on ne peut acquérir par prescription les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes.

Nous devons nous interdire ici des développemens qui se lient naturellement à la matière des servitudes; nous ne voulons pas mettre un livre dans un livre: nous nous contenterons d'examiner plus tard si un individu, se croyant propriétaire d'un fonds, et le grevant d'une servitude imprescriptible au profit d'un tiers de bonne foi, ce dernier peut par la force de son titre, appuyé d'une jouissance loyale pendant dix et vingt ans, acquérir la servitude dont il s'agit (1).

178. Peut-on acquérir par la prescription un droit d'usage?

Cette question est controversée.

Mais nous nous bornons à l'indiquer ici : elle sera plus convenablement traitée quand nous commenterons l'article 2229.

179. Une rente foncière ne peut s'établir par la prescription; elle ne saurait être constituée que par un

(1) *Infrà*, t. 2, no 857.

titre. En effet, que prouverait la prestation continuelle d'une somme uniforme pendant trente années et plus? Elle formerait tout au plus présomption d'une dette purement personnelle ou d'une rente constituée (1). Mais, d'après la maxime : *Tantùm præscriptum quantùm possessum,* on ne pourrait jamais arriver jusqu'à la preuve de la création d'une rente foncière (2).

180. Quelques auteurs soutenaient, dans l'ancienne jurisprudence, que les droits corrélatifs étaient imprescriptibles (3).

Nous examinerons sous l'article 2240 cette question, qui se rattache à la prescription contre son titre. Nous l'avons du reste préjugée par ce que nous avons dit ci-dessus numéro 72.

181. Les choses tenues entre associés sont-elles imprescriptibles? Cette question sera discutée sous l'article 2229.

182. Lorsqu'une rente ne dépend pas d'un capital déterminé, comme, par exemple, quand un testateur charge son héritier de payer à un légataire une somme annuelle de cinquante francs, le droit d'exiger cette redevance peut-il s'éteindre par la prescription?

Un très-ancien glossateur, Martin, aujourd'hui peu connu, quoiqu'il jouât de son temps un rôle très-distingué et qu'il fût le conseil de l'empereur Barberousse (4), soutenait la négative. Voici son rai-

(1) Pothier, *Contrat de constitution*, n° 158. Merlin, *Prescription*, p. 388.

(2) *Traité des rentes foncières*, par MM. Fœlix et Henrion, p. 229.

(3) Dunod, p. 51 et 73.

(4) « L'empereur Frédéric Barberousse, dit Loyseau, ayant vaincu « les Milanais en champ de bataille et réduit à son obéissance toutes les « villes de Lombardie, leur assigna une diète à Roncaille, pour arrêter « les articles de paix; où allant, il rencontra en son chemin un beau « château, et, ayant demandé à ceux de sa troupe qui en était le sei- « gneur, l'un d'iceux lui nomma celui auquel il appartenait, dont un

sonnement : « La rente n'a pas été léguée comme accessoire d'un capital. Elle forme autant d'obligations qu'il y a d'années, et chacune des annuités est prescriptible. Mais, quand même on resterait trente ans sans rien exiger, le droit ne subsisterait pas moins, parce qu'il ne se forme qu'à l'échéance de chaque terme, et qu'on ne peut le prescrire avant qu'il soit né. » Martin argumentait de la loi *Quum notissimi*, § 4 et dernier, C. *de Præscript*. 30 *vel* 40 *annor*.

Au contraire, Bulgare, son rival, pensait qu'après trente ans les redevances et le fonds, tout était prescrit, à l'instar des arrérages qui dépendent d'un capital et qui ne sont plus dus pour l'avenir, après que le temps déterminé pour la prescription du capital est arrivé (1).

Ce dernier sentiment eut moins de sectateurs que l'autre dans l'école, qui resta fortement attachée au texte du § dernier de la loi *Quum notissimi*. Cujas considère l'interprétation de Martin comme seule conforme à cette autorité (2); mais, dans la pratique, l'opinion de Bulgare finit par l'emporter, et je ne sais si, quoi qu'en dise Cujas, elle n'était pas plus conforme à l'esprit de

---

« flatteur le reprit, disant que c'était l'Empereur qui en était le sei-
« gneur; sur ce, l'un et l'autre soutenant son dire, ils entrèrent en ga-
« geure, et d'icelle font l'Empereur juge, lequel ne le voulut juger tout
« seul; mais, aussitôt qu'il fut arrivé à Roncaille, il prit l'avis de deux
« docteurs célèbres de droit, Bulgare et Martin, qui se trouvèrent
« entre les députés de la diète. Bulgare condamna tout franchement le
« flatteur; mais Martin non-seulement tint pour lui, mais encore, en-
« chérissant sur sa flatterie, et prenant cette occasion pour faire son bon
« valet, soutint par un long discours que l'Empereur était seigneur de
« tout le monde et que les biens des particuliers lui appartenaient; de
« sorte qu'il lui persuada aisément ce qui concernait son intérêt, et
« ainsi, suivant son avis, la gageure fut décidée. » (*Seigneuries*, chap. 1, nº 1.)

(1) L. 26, C. *de Usuris*.

(2) Récit. sol. sur le § dernier de la loi *Quum notiss.*, C. *de Præscript*. 30 *vel* 40 *annor*.

la loi romaine; car les prestations annuelles dont il s'agit dépendent d'une obligation contre laquelle aucune loi n'interdit la prescription. Il est vrai que cette loi dit que la prescription de chaque prestation ne commence que du jour du terme; mais elle suppose nécessairement que l'obligation qui produit l'annuité n'est pas prescrite. Au surplus, d'Argentré nous apprend, après avoir rappelé le débat des deux docteurs italiens et la liste de leurs partisans, que c'est dans le sens de Bulgare que la jurisprudence française s'était prononcée. *Generali observatione regni Franciæ, una pro omnibus omnium annorum præstationibus, præscriptio sufficit*; ET. EO JURE UTIMUR (1). Il y a un peu d'exagération dans cette affirmation, et le *generali observatione* est de trop; car, au parlement de Toulouse, les rentes foncières, les rentes viagères et les fondations pieuses ne pouvaient être atteintes par la prescription (2). Au parlement d'Aix, on était fortement prononcé pour l'imprescriptibilité des prestations qui n'avaient pas un capital déterminé (3). Mais, à part ces exceptions et quelques autres peu nombreuses, le droit commun était pour la prescription de pareils droits (4).

On ne saurait douter que le Code civil ne se soit prononcé pour cette jurisprudence, la seule qui puisse rassurer contre les embarras effrayans que ferait naître le système opposé. L'article 2263 en est la preuve palpable; car, s'il donne au créancier le droit d'exiger

---

(1) Sur Bretagne, art. 276, vº *qui ne chéent* d'an en an, nº 3, p. 1312 et 1313. Henrys, t. 2, liv. 4, chap. 6, quest. 72, p. 498. Dunod, p. 306, 307.

(2) D'Olive, liv. 1, chap. 6. Il rappelle la controverse célèbre de Martin et de Bulgare. Catelan, liv. 1, chap. 7.

(3) *Répert. de Jurispr.*, vº *Prescription*, p. 594.

(4) *Voy.* l'énumération des coutumes qui le décidaient dans M. Merlin, *Répert.*, vº *Prescription*, p. 591, nº 2.

un titre nouvel pour la conservation d'une rente, c'est parce qu'il suppose que le fonds même de cette rente peut être frappé par la prescription.

Je ne saurais donc assez m'étonner d'un arrêt de la cour de Metz, du 28 avril 1819 (1), qui décide qu'une rente viagère n'est pas sujette à la prescription. Où est la loi en vigueur qui autorise cette manière de voir? Assurément cette cour aurait été fort embarrassée de la citer; et ce n'est ni l'article 2263, ni l'article 2262, qui rallieront les esprits à son arrêt: l'article 2263, qui est spécial pour les rentes, et ne fait pas d'exception pour la rente viagère; l'article 2262 surtout, qui courbe sous le niveau de la presciption *tous les droits et actions !!*

Dira-t-on qu'une rente viagère n'a pas de capital? Quand cela serait vrai, qu'importe? n'y a-t-il pas un droit dominant qu'aucune loi ne déclare imprescriptible, et qui doit périr s'il reste inactif pendant trente ans? Ensuite, que nous fait que Stokmans, cité par la cour de Metz, ait enseigné le système qu'elle a embrassé par égard pour lui? Faut-il réchauffer de nos jours les subtilités de Martin, reléguées depuis long-temps dans la spéculation par les progrès du droit français? Enfin, il est faux qu'une rente viagère n'ait pas de capital; l'article 1977 est là pour le démontrer (2).

(1) *Palais*, t. 21, p. 293. Dall., *Prescription*, p. 286, 287. Sirey, 20, 2, 12

(2) Mon Comm. *des Hypothèq.*, t. 3, p. 151.

ARTICLE 2227.

L'État, les établissemens publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer.

SOMMAIRE.

183. Liaison.

§ Ier. *De la prescription à l'égard de l'*ETAT.

184. Ancien droit relativement au domaine de l'Etat. Ce domaine était imprescriptible. Qu'entendait-on par le domaine de la couronne? Quels biens y étaient compris? Nécessité de ce principe d'imprescriptibilité sous l'ancienne monarchie.

185. Quel droit suivait-on dans les provinces avant leur réunion? Dauphiné, Franche-Comté, Provence, Bourgogne, Artois, Alsace, Lorraine.

186. Pouvait-on acquérir par prescription une servitude de passage sur les fonds domaniaux dans les pays où ils étaient inaliénables et imprescriptibles?

187. Législation de la révolution sur l'inaliénabilité des domaines de l'Etat. Ils sont déclarés aliénables pour l'avenir au moyen d'une loi, et prescriptibles par quarante ans.

188. Lois postérieures, et particulièrement loi du 14 ventose an 7, pour la recherche des domaines aliénés ou engagés sous la monarchie absolue.

189. Loi du 20 mars 1820, rendue dans le but de mettre fin aux recherches du domaine et de dégager les propriétés foncières, afin de les rendre à la circulation.

190. Innovation introduite par l'art. 2227. Il soumet l'Etat aux mêmes prescriptions que les particuliers. Comment il se concilie avec l'art. 2226. Son influence sur les ventes de domaines engagés, faites avec titre et bonne foi depuis sa promulgation. Manière de le concilier avec la loi du 20 mars 1820.

§ 2. *De la prescription à l'égard des* COMMUNES *et des* ETABLISSEMENS PUBLICS.

191. Ancien droit à l'égard des établissemens publics laïques.

192. Et à l'égard des établissemens publics religieux. Traces du code Théodosien dans quelques provinces du midi de la France. Incertitudes et variations des coutumes.

193. Grand nombre de questions ardues qui augmentaient les difficultés et nuisaient au crédit particulier.

194. Plusieurs de ces questions étaient aussi agitées dans l'intérêt des communes avides d'étendre leurs priviléges. Arrêt inédit de la cour de Nancy sur une de ces questions.

195. Il était temps que le Code civil ramenât ce point de droit à cette uniformité, qui est l'un de ses plus beaux caractères. Il assimile tous les établissemens publics aux particuliers.

196. Ainsi, la nullité du titre vicieux passé par une commune se purge par dix ans. Autres exemples.

197. Il existe cependant une prescription spéciale pour l'action des communes contre les abus de la puissance féodale. Législation et jurisprudence sur ce point.

198. Et d'abord, examen de ce qui concerne la réintégration des communes dans les *terres vaines et vagues*. Prescription de cinq ans. Conciliation de la loi du 28 août 1792 avec la loi du 10 juin 1793. Préjugés révolutionnaires qui dominaient le législateur à cette époque, et lui faisaient renier l'histoire. Le législateur de 1789 et de 1790 fut bien plus sage. Eloge de l'école historique moderne.

199. Dans quelles circonstances le délai de cinq ans n'a pas couru? D'abord, quand la commune s'est mise de fait en possession.

200. Peu importe que cette possession s'appuie sur un titre nul ou un jugement irrégulier.

201. A plus forte raison quand cette possession n'a été accompagnée d'aucun vice.

202. Mais si la commune, étant en possession en 1792 et 1793, venait à être dépossédée plus tard, son action serait-elle limitée à cinq ans, ou bien aurait-elle trente ans pour agir? Renvoi au n° 554.

203. La prescription de cinq ans n'a pas été suspendue par la loi de 1793, qui soumettait à des arbitres le jugement des contestations entre les communes et leur seigneur.

204. Elle n'a pas été non plus suspendue par la loi du 21 prairial an 5.

205. La prescription de cinq ans est étrangère aux actions que les communes auraient à intenter contre des usurpateurs antérieurs à 1792 et 1793, lorsque les usurpations n'ont pas pour cause la puissance féodale. Arrêt de la cour de Nancy.

206. De l'abolition du *triage*. De la prescription de cinq ans contre les communes demanderesses. Erreur historique reprochée à M. Proudhon sur l'origine des communes rurales usagères.

Ecarts rétroactifs de quelques lois de la révolution. Lutte de la soi-disant légitimité féodale et de la soi-disant légitimité démocratique. Excès dans lesquels elles tombent l'une et l'autre.

207. Abolition du *tiers-denier*, et délai de cinq ans accordé aux communes pour s'en affranchir.

208. Autre délai de cinq ans pour se pourvoir contre les *cantonnemens* obtenus par les seigneurs.

09. Et contre les *arpentemens*, *bornages*, *agrimensations*, par suite desquels des revenans-bons auraient été accordés au seigneur.

10. Ainsi, toutes les fois que la loi de 1792 rencontre devant elle un titre féodal, elle le combat par une action limitée à cinq ans.

211. Mais la prescription de cinq ans n'a pas couru toutes les fois que les communes se sont mises elles-mêmes en possession, d'après la maxime: *Frustrà petis quod intùs habes*. Renvoi aux nos 199, 200, 201. Réfutation d'un arrêt de Douai.

212. Si la prise de possession de la commune eût été violente, il ne faudrait pas y avoir égard. Mais toute possession saisie avant de recourir à la justice n'est pas violente.

213. La prescription a pu être interrompue non-seulement par la prise de possession, mais encore par tous les moyens ordinaires. Moyen particulier quand l'Etat a représenté les seigneurs.

214. Au surplus, une commune ne pourrait substituer la prescription de trente ans à celle de cinq ans, sous prétexte qu'elle aurait des titres de propriété. Erreur de la cour royale de Paris.

215. Restitution des communes dans leurs *biens productifs*, tels que terres en rapport, usages. Leur action dure trente ans. Anomalie de ce point de droit.

216. Les communes ont également interrompu cette prescription en se mettant elles-mêmes en possession.

COMMENTAIRE.

183. Notre article soumet l'État, les communes et établissemens publics aux mêmes prescriptions que les particuliers. Pour comprendre l'utilité de cette disposition, il faut jeter un coup-d'œil rétrospectif sur l'ancien droit.

184. L'État jouissait, sous l'ancienne monarchie, d'un privilége considérable. Les propriétés composant le domaine de la couronne étaient inaliénables et imprescriptibles; elles formaient, entre les mains du prince, un fidéicommis perpétuel dont il devait rendre le dépôt intact à ses successeurs. D'anciennes ordonnances avaient préparé ce point de droit public, qui favorisait la splendeur du pouvoir royal, tout en contrariant la volonté des princes dissipateurs. Déjà, sous François Ier, on lisait dans l'édit du 30 juin 1539 « que le domaine de la couronne, tant par la « loi du royaume et les anciennes constitutions que « par les dispositions du droit civil et canonique, « et par le serment que les rois faisaient à leur sa-« cre, était inaliénable, de quelque manière que « ce fût, réputé sacré et hors du commerce des hom-« mes, et que les juges ne pouvaient avoir égard aux « prescriptions même de cent ans qui seraient oppo-« sées contre lui (1). »

Mais c'est surtout par la fameuse ordonnance de de 1566, rendue sous Charles IX, dans une assemblée des notables et grands du royaume tenue à Moulins, que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine furent établies sur des bases solides et définitives. Toutes les aliénations de ce patrimoine sacré furent interdites à perpétuité, si ce n'est en deux cas : 1° pour apanager les puînés des enfans de France; 2° pour les nécessités de la guerre, au moyen de lettres-patentes vérifiées dans les parlemens; le tout avec faculté de retour ou rachat perpétuel.

Cette loi fut enregistrée au parlement, le 13

---

(1) *Répert.*, *Domaine*, p. 829. On trouvera aussi sur cette matière des détails intéressans dans d'Argentré, *sur Bretagne*, art. 266, C. 19, *de Domanio coronæ*; dans Lebret (*de la Souveraineté*). Lefebvre Lalauche (*du Domaine*). Duned, part. 3, chap. 5, p. 273, etc,

mai 1566. Elle a été depuis regardée sans cesse comme fixant un principe constitutionnel et fondamental en France. D'Argentré l'appelle : SACROSANCTA LEX, *quæ reges ipsos et curias parlamentares sacramento obstringit, ne contra fieri patiantur, neve desideriis regum obsequantur, si quandò contra statuunt* (1).

Mais qu'entendait-on par domaine de la couronne? quels biens étaient compris sous cette dénomination?

C'étaient d'abord les biens tenus par les prédécesseurs du roi régnant, ces terres immenses, ces vastes forêts que la royauté avait possédées depuis les temps les plus anciens, sans qu'on pût découvrir les commencemens de cette possession; c'étaient aussi les meubles précieux laissés par le monarque défunt à son successeur (2).

On considérait aussi comme biens unis de plein droit à la couronne ceux que le prince possédait au moment de son avènement, parce qu'alors il s'opérait en lui un changement d'état qui anéantissait la possession privée, et, par une sorte de mysticisme politique, l'absorbait dans la personne publique (3).

L'union de plein droit avait lieu également pour les biens conquis par le prince au prix du sang et des trésors de la nation (4).

Mais, en ce qui concerne les autres biens acquis par le prince, on faisait une distinction.

Ou ils avaient été acquis avec déclaration expresse de leur réunion au domaine, et dès lors ils faisaient

(1) Sur Bretagne, art. 266, ch. 19, n° 6.

(2) *Répert.*; v° *Domaine*, p. 840.

(3) *Répert.*; v° *Domaine*, p. 841.

(4) *Répert.*; v° *Domaine*, p. 483. Arrêt de la cour de cassation du 2 juillet 1833 (Dall., 33, 1, 295).

partie de ce même domaine, et ils étaient inaliénables à jamais et imprescriptibles.

Ou bien ils avaient été acquis sans déclaration expresse d'union, ce qui avait presque toujours lieu pour les biens acquis comme vacans, les droits d'aubaine, les confiscations, etc., et alors le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ne commençait pour eux que dix ans après qu'ils avaient été tenus et administrés par les officiers royaux (1).

Du reste, ne faisaient pas partie du domaine imprescriptible de la couronne : 1° les revenus provenant de biens domaniaux, parce qu'ils appartenaient au souverain, comme les fruits à l'usufruitier. Tels étaient les revenus échus, les contributions, les impositions dues ou perçues, les confiscations, les successions des bâtards, les aubaines, les deshérences, etc. Cependant, comme je l'ai dit tout à l'heure, les confiscations et autres choses du même genre, prenaient la nature et la qualité du domaine, quand il y avait eu union expresse (2). 2° Les biens composant ce qu'on appelait ordinairement *petit domaine*, et consistant en moulins, fours, pressoirs, halles, maisons, boutiques, échoppes, places à étaler, places, vins et vignes, communes, landes, bruyères, pâtis, marais, étangs, boqueteaux séparés des forêts, bois, bateaux, péages, travers, ponts, passages, droits de minage, mesurage, aunage, poids, greffe, tabellionage, prés, attérissemens, îlots, crémens, droits sur les rivières navigables; leurs fond, lit (3), bords, quais et marchepieds ; les bras, courans, eaux mortes, canaux (4) ; les places qui

---

(1) *Répert.; loc. cit.* Ord. de 1566. Dunod, p. 270.

(2) Dunod, p. 275.

(3) C'est, du reste, ce qu'a reconnu l'art. 560 du Code civil.

(4) *Suprà*, n° 154.

ont servi aux fossés, murs, remparts et fortifications (1) tant anciennes que nouvelles (2). La raison pour laquelle ces biens étaient laissés sous l'empire du droit commun, c'est qu'entre les mains du Roi, les charges en consommaient les revenus; que le Roi perdait en les gardant; qu'il profitait, au contraire, en les aliénant (3).

L'ordonnance de Moulins qui résumait les grands principes épars jusqu'alors dans des ordonnances diverses, porta le nom d'*ordonnance du domaine*. Souvent contrariée dans son exécution par les troubles de la France, souvent violée par les intrigues des hommes puissans et par la faiblesse des rois, elle survécut cependant à tous les échecs; Colbert en poursuivit l'application avec fermeté, par l'édit du mois d'avril 1667. Sous Louis XV, les détenteurs de domaines engagés furent recherchés et soumis à des taxes et des finances; Louis XVI poursuivit cet œuvre de réparation, et l'arrêt du conseil du 19 janvier 1781, voulant concilier les intérêts des détenteurs avec les droits de l'État, maintint les possessions précaires de ceux-là, en les assujétissant à payer des rentes ou supplémens de rentes d'engagement. Néanmoins, les dilapidations continuaient à démembrer le domaine de la couronne, malgré les efforts d'une administration vigilante, mais paralysée et détestée par gens de cour. Les plus belles terres de la couronne étaient livrées à l'avidité des favoris, sur de faux exposés, sur des mensonges officiels qui trompaient le souverain, et lui arrachaient de funestes concessions. Mais, plus la loi était éludée, plus l'on ressentait la nécessité de ce principe d'inaliénabilité, si national et si juste, frein salutaire

(1) Ceci a été également constaté par l'art. 541 du Code civil.

(2) Edit de 1708, *Répert.*, v° *Domaine*.

(3) M. Daguesseau (*Req. sur la mouvance du fief de Londes*).

opposé à l'insatiable avidité des courtisans, et contre-poids indispensable pour rappeler à l'économie une royauté enivrée de son pouvoir absolu. J'avoue que je n'ai jamais compris que des esprits graves et impartiaux aient jugé avec sévérité cette législation domaniale, conçue tout entière dans l'intérêt *du pauvre peuple*, comme on disait alors (1). Quoique je reconnaisse autant que qui que ce soit l'utilité et les immenses avantages de la prescription, cette patronne du genre humain, je pense que l'intérêt public imposait ici l'obligation de n'y avoir aucun égard : c'était le seul moyen de sauver des dissipations la dot de la couronne, et de conserver la fortune publique dilapidée par une cour vénale.

185. Tel était l'état des choses en France avant la révolution. Je dirai tout à l'heure ce que fit la législation nouvelle sur cette matière importante ; mais auparavant occupons-nous brièvement des législations suivies dans quelques provinces avant leur réunion définitive au grand corps de l'État.

Dans la plupart, le principe d'inaliénabilité était inconnu. Expilly l'atteste pour le Dauphiné, Dunod pour la Franche-Comté, la Provence et le comté de Bourgogne (2). La cour de Nancy l'a ainsi jugé, sur mes conclusions conformes, pour les pays soumis à la souveraineté des évêques de Metz, par arrêt du 17 juillet 1828, confirmé, le 15 février 1832, par la cour de cassation (3). En Artois, c'était par cent ans que se prescrivait le domaine public (4). Dans la province

---

(1) M. Daru partageait ces injustes préventions (*Voy.* mon Plaidoyer sur la souveraineté des ducs de Lorraine dans le Barrois mouvant, p. 215).

(2) P. 284.

(3) Dall., 32, 1, 132.

(4) Cassat., 29 janvier 1833 (Dall., 33, 1, 160).

d'Alsace, on suivait le droit germanique, favorable à la prescription (1).

Mais il en était autrement dans le duché de Lorraine et de Bar, où l'illustre maison de Lorraine régnait avec les attributs de la souveraineté, et possédait d'immenses richesses territoriales, qu'il avait fallu mettre à l'abri de l'avidité des courtisans. Le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité y était aussi constitutionnel et aussi fondamental qu'en France ; il y reposait sur les mêmes besoins et sur les mêmes raisons. C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy par un grand nombre d'arrêts qu'il est inutile de rapporter ici, parce que, quoiqu'ils aient fait une vive sensation dans la province, ils sont plutôt d'intérêt local que d'une utilité générale pour la science (2). Cette cour l'a même ainsi décidé pour les domaines situés dans la partie du Barrois, appelée *Barrois mouvant,* parce que les ducs de Lorraine y étaient vassaux du roi de France, et prêtaient foi et hommage lige à ce prince. Mais des traités formels, passés entre le monarque français et les ducs de Lorraine, et ratifiés lors de la paix de Riswik, avaient reconnu à la maison de Lorraine le pouvoir législatif le plus entier sur ce fief, comme sur les autres parties de leur souveraineté, et il était constant que les ducs avaient fait des lois toujours suivies, reconnues et pratiquées, pour soumettre à l'inaliénabilité leurs domaines du Barrois mouvant. Chargé de porter la parole, comme avocat-général, sur cette question, j'ai développé mon opinion dans un réquisitoire conforme à l'arrêt, et qui a été imprimé sous le

(1) *Voy.* d'importantes décisions rendues par la cour royale de Colmar, et recueillies dans l'utile et précieuse collection des arrêts de cette cour, par M. Neyremand, avocat.

(2) On peut consulter d'ailleurs le recueil des arrêts de cette cour (1, p. 5 et 59).

titre suivant : *De la souveraineté des ducs de Lorraine sur le Barrois mouvant*, *et de l'imprescriptibilité de leurs domaines dans cette partie de leurs états*. Ce petit écrit contient des détails que je me suis efforcé de rendre intéressans pour ceux qui s'occupent de l'histoire locale de nos provinces, et du droit féodal.

186. Du reste, parmi les décisions émanées de la cour de Nancy sur les matières domaniales qu'elle a sillonées et approfondies en tout sens ; il en est une que je ne saurais passer sous silence, parce qu'elle juge une difficulté qui peut se présenter sous l'empire des lois françaises. Elle consiste à savoir si l'on pouvait, par la possession, acquérir une servitude sur la propriété appartenant à l'État. Voici comment cette question a été résolue pour l'affirmative, par arrêt du 19 décembre 1833, rendu par la deuxième chambre (1), sous ma présidence :

« Considérant que, d'après les termes de l'édit de « René du 29 décembre 1446, les lois qui ont pro- « hibé en Lorraine le démembrement et la diminu- « tion du patrimoine de l'État ne doivent s'entendre « que des *aliénations énormes portant engagement* « *de domaines, seigneuries, biens, terres et reve-* « *nus*, ou, pour employer les expressions de l'édit du « 26 juin 1561, *de ces aliénations qui empêchent* « *le prince de soutenir ses titres, honneurs, noms et* « *dignités*, et diminuent *sa grandeur et ses revenus ;*

« Considérant que les édits postérieurs et l'ensemble « de la législation domaniale expliquent par leur por- « tée ce qu'on doit entendre par *aliénations énormes*, « et ne permettent de ranger dans cette classe que les « engagemens de fonds et d'actions représentant un

(1) Arrêts de Nancy et Metz, 2e partie, p. 281, t. 1.

« immeuble, ou les aliénations de fruits qui dépassent « les bornes de la jouissance d'un usufruitier (1) ; mais « qu'il est évident qu'on ne saurait y comprendre les « simples servitudes, qui peuvent tout au plus gêner « la liberté de l'héritage domanial, mais qui *n*'en al- « tèrent pas essentiellement l'émolument et la valeur, « et ne portent aucune atteinte exorbitante à la richesse « publique ; que, si le législateur a cru devoir opposer « un frein à des distractions de terres, d'actions im- « mobilières, de revenus, arrachés à la faiblesse du « prince par importunité et suggestion, il n'a pas dû « en être ainsi des services fonciers, qui puisent *l*eur « origine dans les besoins réciproques des propriétés « limitrophes et dans des relations nécessaires de voi- « sinage ;

« Que, si l'on consulte l'usage, qui dans ces matières « est le meilleur interprète des lois, on ne trouve « nulle part, ni en Lorraine, ni en *France*, que le « souverain ait songé à restituer le domaine de l'État « contre les servitudes assises sur ces immeubles ; que « jamais, à aucune époque, ceux qui jouissaient de ces « droits n'ont été inquiétés, tandis que les détenteurs « de domaines engagés et les concessionnaires de « fruits ont été, suivant les cas, ou recherchés et « troublés, ou frappés de taxes et de dépossession ; que « ce long respect pour les simples servitudes, ce con- « traste entre les services fonciers, toujours maintenus, « et les autres droits, toujours menacés ou poursuivis « dans leur existence, démontrent quel a été l'esprit « des lois domaniales, et placent entre ces divers dé- « membremens de la propriété une ligne de démarca- « tion que l'on ne saurait franchir ;

« Que vainement on oppose quelques expressions

(1) Ceci fait allusion aux affectations à des usines.

« empruntées aux édits de Léopold et l'arrêt du con-
« seil du 15 septembre 1722, et qui sembleraient
« comprendre dans les lois prohibitives de l'aliénation
« du domaine *tous droits immobiliers* quelconques,
« sans exception ; mais que ces énonciations doivent
« être combinées avec l'édit primordial de 1446, dont
« ces actes législatifs ne sont que l'application ; qu'ils
« font évidemment allusion aux seuls droits immobi-
« liers dont l'aliénation était de nature à donner lieu
« à la restitution en entier, par les motifs énoncés ci-
« dessus ;

« Considérant qu'il résulte de ceci que la cause doit
« être envisagée non pas sous l'influence des disposi-
« tions exceptionnelles créées en faveur du domaine,
« mais par le texte de la coutume de Lorraine, expres-
« sion du droit commun ;

« Par ces motifs, etc. »

Quoique les textes des lois françaises ne soient pas absolument les mêmes que ceux des lois lorraines, cependant l'esprit des deux législation est tellement identique, les droits du domaine lorrain ont été si visiblement calqués sur ceux de l'ancien domaine français, que, si la question se présentait pour la France proprement dite, on ne devrait pas hésiter à la résoudre de la même manière. L'ordonnance de 1669 contient d'ailleurs la consécration de plus d'une servitude établie sur les choses appartenant au domaine de l'État.

187. Voilà donc quel était l'état de la législation française relativement aux matières domaniales, et quel était aussi celui des législations locales, avant que les provinces qu'elles régissaient fussent réunies à la couronne.

La révolution vint : les bases du pouvoir royal furent modifiées, et le pays se gouverna par lui-même.

Il n'était plus nécessaire dès lors de se retrancher dans le principe d'inaliénabilité perpétuelle, qui n'avait été imaginé que pour lutter contre les abus d'un gouvernement sans contre-poids. Le Roi avait perdu le droit de disposer à son gré de la fortune publique : il n'y avait par conséquent plus de danger à permettre l'aliénation du domaine par une loi ; car la loi, discutée publiquement, et votée par des pouvoirs sans cesse en garde contre les dilapidations, ne pouvait être suspecte d'avoir été surprise par des moyens subreptices.

De là, la loi du 22 novembre 1790. Tout en maintenant pour le passé la règle inflexible qu'aucun laps de temps ne pourrait couvrir l'irrégularité bien prouvée des aliénations faites par le Roi seul, et sans le consentement de la nation, elle rendit aliénables pour l'avenir, par le moyen d'une loi, tous les biens nationaux ; et, comme de l'aliénabilité d'une chose il faut ordinairement conclure à sa prescriptibilité, elle établit, par l'art. 36, une prescription de quarante ans (1). Ce fut une grande innovation.

188. Les lois domaniales postérieures ne furent relatives qu'à la recherche des domaines engagés sous l'empire de la royauté absolue. La loi du 14 ventose an 7 prit un terme moyen pour conserver aux détenteurs la propriété définitive des biens qu'ils tenaient à titre de concession. Elle les soumit au paiement du quart, n'exceptant de cette mesure que : 1° les échanges consommés légalement et sans fraude avant le 1er janvier 1789 ; 2° les aliénations confirmées par des décrets particuliers des assemblées nationales ; 3° les inféodations et acensemens des terres vaines et vagues, landes, bruyères, palus et marais ; 4° les aliénations ayant date

(1) *Voy.* cette législation dans le *Répert.* de M. Merlin, v° *Domaine public*, et dans M. Dalloz, v° *Domaine*.

certaine avant le 14 juillet 1789, de terrains épars quelconques, au-dessous de la contenance de cinq hectares, pourvu que lesdites parcelles éparses de terrains ne comprissent, lors des concessions primitives, ni *des châteaux, ni des moulins, fabriques ou autres usines ;* 5° les inféodations et acensemens de terrains dépendans des fossés, murs ou remparts de villes.

On voit que ces dispositions restreignirent singulièrement l'étendue du petit domaine, et que beaucoup de droits aliénés à ce titre furent frappés par l'effet de la loi du 14 ventose an 7. Du reste, les domaines situés dans des provinces réunies depuis 1566 furent maintenus sous l'empire des législations en usage dans les localités avant leur réunion à la couronne.

Quant aux forêts, l'article 15 avait décidé que le vice de domanialité ne pourrait être purgé par le paiement du quart à l'égard des bois au-dessus de cent cinquante hectares, et des terrains enclavés dans les forêts nationales, ou situés à sept cent quinze mètres d'icelles. Il renvoyait à statuer, à l'égard de ces biens, par une loi particulière.

Cette loi fut rendue le 11 pluviose an 12. Elle révoqua les concessions de bois et de forêts au-dessus de cent cinquante hectares, et admit les concessionnaires dépossédés à faire liquider leurs droits et leurs indemnités. Elle permit seulement aux engagistes de terrains enclavés dans les forêts nationales, ou en étant distans de moins de sept cent quinze mètres, d'en devenir propriétaires, en profitant du bénéfice de la loi du 14 ventose an 7 ; mais cette loi ne fut pas exécutée. Enfin, la loi du 28 avril 1816 assimila les détenteurs de forêts au-dessus de cent cinquante hectares à tous les autres engagistes, et les autorisa à se rédimer de la dépossession en payant le quart (art. 116).

189. Cependant, si les droits de l'Etat ne doivent ja-

mais être sacrifiés, il est aussi d'une bonne politique de ne pas laisser trop long-temps en suspens les intérêts des particuliers, surtout ceux qui touchent à la propriété foncière; car il faut autant que possible que le sol soit dégrevé des charges réelles qui nuisent à sa mobilisation, et éloignent de lui la confiance et le crédit. La loi du 20 mars 1820 fut donc publiée pour assigner un terme aux recherches du fisc. Elle déclare qu'après trente années à partir de la loi du 14 ventose an 7 (c'est-à-dire au 15 mars 1829) (1), tous les détenteurs seraient libérés de plein droit, et ne seraient obligés de fournir, sous quelque prétexte que ce soit, aucune justification.

190. J'ai continué jusqu'à 1820 l'exposé des lois qui ont réglé le sort des aliénations faites avant 1789.

Je dois maintenant faire un pas en arrière, pour parler d'une grande innovation opérée par le Code civil.

D'après l'article 2227, que j'analyse en ce moment, il est dit que l'État est soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers (2). Ceci n'est pas en contradiction avec l'article 2226, qui excepte de la prescription les choses qui font partie du domaine public. Notre article ne concerne que les propriétés produisant des revenus, les héritages patrimoniaux, et non les biens appartenant au domaine public, et consistant *in usu* (3). Ainsi, depuis le 15 mars 1804, époque de la promulgation du titre du Code civil qui traite de la prescription, ce n'a plus été la prescription de quarante ans qui a couru contre les détenteurs de biens domaniaux, ainsi que le voulait la loi du 22 novembre 1790: c'est la prescription de dix et vingt ans, avec ti-

(1) La loi du 14 ventose an 7 (4 mars 1799) n'a été promulguée que le 14.

(2) *Voy.* l'art. 560 et l'art. 541, C. civ.

(3) *Suprà*, *passim*, sur l'art. 2226.

tre et bonne foi, ou la prescription de trente ans sans titre; les propriétés utiles de l'État sont rentrées sous l'empire de la loi commune.

On a demandé, à ce sujet, si les acquisitions de domaines engagés faites, avec titre et bonne foi, par des tiers depuis la promulgation du Code civil, avaient été consolidées par la prescription décennale ou vicennale.

Pour la négative, on a dit : « Les domaines engagés sont régis par une législation spéciale. Inaliénables avant la révolution, ils ne sont devenus transmissibles, depuis la loi de 1790, qu'avec le concours de la nation; placés hors du commerce par des dispositions exceptionnelles, aucun laps de temps n'a pu couvrir le vice des aliénations illégales dont ils ont été l'objet (1). C'est ce que confirme la loi de l'an 7, qui a pour but de revenir sur toutes les aliénations et sous-aliénations. Pour mettre fin à ces recherches de l'administration, il a fallu que la loi de mars 1820 vînt faire courir une prescription de trente ans, à compter de la loi de l'an 7. N'était-ce pas reconnaître qu'aucune prescription n'avait couru au profit des engagistes depuis le Code civil? » Ce système a été adopté par arrêt de la cour de Colmar du 18 mars 1830 (2).

Mais on répond avec avantage : « L'article 2227 est général : il ne fait aucune distinction. Il s'applique aux engagemens comme aux autres domaines nationaux; il a dû profiter par conséquent à tous ceux qui ont acquis depuis le Code civil des biens engagés, et qui les ont possédés avec titre et bonne foi : la loi de 1820 ne prouve rien contre cette proposition. D'après le Code civil, les détenteurs sans bonne foi n'auraient pu pres-

(1) Ainsi la prescription de quarante ans, établie par la loi de 1790, ne les concernait pas; c'est ce qu'a jugé avec raison la cour de Nancy, par arrêt du 1er août 1833 (Recueil des arrêts de cette cour, 2e partie, p. 44).
(2) Dall., 30, 2, 254.

crime que par trente ans, et il aurait fallu aller jusqu'en 1834 pour calmer leurs inquiétudes. Eh bien ! la loi de 1820 vient à leur secours ; en faisant partir la prescription la plus longue de 1799, elle l'arrête à 1829 ; elle abrège de cinq ans l'état précaire et incertain des possesseurs ; elle hâte le moment du bienfait que le Code civil (art. 2227) leur ménageait. Où donc est la contradiction entre la loi de 1820 et le Code civil ? c'est au contraire le même esprit ; seulement il agit en 1820 avec plus de faveur qu'en 1804.

« Dira-t-on que la loi de 1820, en ne parlant que de la prescription trentenaire, exclut dès lors la prescription décennale ? C'est là une erreur manifeste. La prescription trentenaire octroyée par la loi de 1820, ne concerne que les engagistes dont le titre était antérieur au Code civil, et par conséquent entaché d'un vice qui excluait nécessairement la bonne foi et la possession *animo domini*, ou bien ceux dont la possession postérieure à ce Code ne réunissait pas les conditions nécessaires pour prescrire par dix et vingt ans ; car, si l'on appliquait la loi de 1820 aux prescriptions décennales acquises depuis 1804 jusqu'en 1820, en vertu du Code civil, on donnerait à cette loi un effet rétroactif. En un mot, le but de la loi de 1820 n'a pas été de troubler des droits acquis à l'abri de la loi commune, ni de créer une limitation aux articles 2227 et 2265 du Code civil : elle a voulu mettre un terme aux recherches du domaine, et rassurer les détenteurs contre des poursuites sans cesse renaissantes. Ne serait-ce donc pas en pervertir le sens que de l'employer à élargir le cercle des actions du fisc, et à enlever le bénéfice de la prescription promise et assurée par la loi fondamentale en matière civile ? »

C'est ce système qui a prévalu devant la cour de cassation ; il est consacré par ses arrêts des 23 février

1831 (1), 8 et 10 mai 1832 (2), et 9 juillet 1833 (3). On peut les fortifier d'un arrêt de la cour de Nancy du 12 mars 1833 (4). Dans le ressort de cette cour, cette jurisprudence est regardée comme constante.

191. Voyons maintenant quelle est, à l'égard des communes et autres établissemens publics, la portée de l'article 2227.

Dans l'ancienne jurisprudence, on convenait généralement que les établissemens de gens de main-morte laïques étaient privilégiés, c'est-à-dire que, dans les coutumes où il fallait quarante ans pour prescrire contre privilégiés, les communes et autres établissemens publics non religieux profitaient de cette disposition, quoiqu'ils ne fussent pas spécialement dénommés.

Mais, quand la coutume ne consacrait pas une prescription plus longue que la prescription ordinaire, c'était par trente ans qu'on prescrivait contre les communes et établissemens de main-morte laïques (5).

192. A l'égard des établissemens religieux, il n'en était pas ainsi. Les biens patrimoniaux ecclésiastiques jouissaient d'une plus grande faveur. On ne pouvait acquérir la prescription que par quarante ans; cependant la législation ne s'était pas fixée à cet égard sans oscillations (6). Suivant la loi 23, *C. de sacrosanctis Ecclesiis*, promulguée en 528 par Justinien, il fallait cent ans pour prescrire contre l'église; mais, en 541, la novelle 131, chapitre 6, modifia ce point de jurisprudence. La prescription centenaire fut réservée pour l'église de Rome exclusivement;

(1) Dall., 31, 1, 176. *Palais*, 1831, t. 2, p. 331. Sirey, 31, 1, 317.
(2) Dall., 32, 1, 227. *Palais*, 1832, t. 2, p. 291. Sirey, 32, 1, 338.
(3) Dall., 33, 1, 300. Sirey, 33, 1, 540, 543.
(4) *Jurispr.* des cours de Nancy et Metz, t. 1, 2e partie, p. 16.
(5) M. Merlin, *Répert.*, vo *Prescription*, p. [illegible].
(6) *Voy.* Dunod, *de la Prescription des biens de l'église*.

quant aux autres églises, la prescription fut limitée à quarante ans.

Ce droit fut introduit dans les Gaules depuis la conquête. On le trouve rappelé dans les *Capitulaires* de Charlemagne (1) ; mais auparavant, comme les Gaules étaient régies par le Code Théodosien, et que, depuis Théodose le jeune jusqu'à Justinien, la prescription contre l'église était celle de trente ans, on ne connaissait pas la prescription quarantenaire, due au zèle pieux de Justinien. Il ne faut pas s'étonner par conséquent si la prescription de trente ans survécut dans quelques provinces méridionales (comme l'Auvergne), où la domination des Goths maintint la conservation du Code Théodosien.

Du reste, la novelle 131 de l'empereur Justinien reçut la sanction du droit canonique (2).

En 1641, le pape Urbain VIII tenta de faire participer tous les corps ecclésiastiques au privilége de l'église de Rome (3) ; mais sa bulle ne fut pas reçue en France. La prescription quarantenaire y formait le droit commun, et la plupart des coutumes la reconnaissaient expressément (4). « Contre l'église, dit Loisel, il « n'y a prescription que de quarante ans, par les or« donnances du roi Charles-le-Grand (5) et Louis son « fils, conformément aux constitutions de leurs pré« décesseurs empereurs (6). »

---

(1) *Cap.*, lib. 5, cap. 389.

(2) Causa 16, quæst. 3, cap. 51, § 6. Causa 16, quæst. 4, cap. 3. *Decret.*, *de Præscript.*, cap. 4 et 8.

(3) Urceolus, *de Transact.*, quæst. 79, nº 12.

(4) Vermandois, art. 142. Châlons, art. 147. Chaulny, art. 63. Bouillon, chap. 23, art. 8. Clermont en Beauvoisis, chap. 24, art. 1. Artois, art. 72. Blois, *des Prescript.*, art. 1. Paris, art. 123. Edit de février 1580. Edit d'avril 1695, art. 49.

(5) Il veut dire Charlemagne.

(6) *Des Prescript.*, nº 12.

Cependant cette jurisprudence n'était pas universelle ; il y avait quelques coutumes qui autorisaient la prescription de trente années contre l'église.

Suivant les unes, l'ancien domaine ecclésiastique était sans doute prescriptible par quarante ans, mais les biens nouvellement acquis étaient soumis à la prescription ordinaire (1). Loisel (2) le décidait ainsi dans ses *Institutes coutumières*.

D'autres, sans admettre ces distinctions, ne reconnaissaient à l'église aucun privilége particulier. On prescrivait contre elle par trente ans ; on la regardait comme assujétie, à cet égard, au droit commun (3).

A toutes ces bigarrures il faut en ajouter d'autres que l'histoire du droit ne doit pas négliger. Il y avait certains corps ecclésiastiques qui se prétendaient privilégiés entre privilégiés, de telle sorte que la prescription était prolongée jusqu'à cent ans en leur faveur. Telles étaient les abbayes de Gorze (4) et Saint-Denis (5). Plus jaloux encore, l'ordre de Malte soutenait qu'il n'était soumis à aucune prescription, et le parlement de Paris s'était prononcé en faveur de l'imprescriptibilité (6), ainsi que le parlement de Toulouse (7). Mais les parlemens de Grenoble, Bordeaux et Aix soumettaient l'ordre de Malte à la prescription

---

(1) Maine, 459. Anjou, 448, 447, 431. Metz, chap. 14, art. 16. Gorze, chap. 14, art. 5 et 6.

(2) *Loc. cit.*

(3) Berry, tit. 12, art. 1. Haînaut, ch. 107, art. 1. En Auvergne, cela était de droit, quoique la coutume ne le déclarât pas nommément (*Répert.*, *Prescript.*, p. 605); ainsi qu'en Bourgogne (*id.*, p. 616) et en Touraine (*id.*). C'étaient des vestiges du droit consacré par le Code Théodosien.

(4) Gorze, *Cout.*, chap. 16, art. 8 et 9. Mais cela n'avait lieu que pour l'ancien patrimoine.

(5) *Répert.*, p. 609. *Voy.* les lettres-patentes de Henri III.

(6) Brillon, *Ordre de Malte*, n° 94. *Répert.*, *loc. cit.*, p. 610.

(7) *Répert.*, *loc. cit.*, p. 610.

centenaire (1); le grand conseil jugeait, au contraire, pour l'imprescriptibilité ; seulement, en ce qui concerne les tiers-détenteurs, il avait égard à la possession de cent ans (2).

193. On voit combien ces inégalités rendaient la jurisprudence obscure, incertaine, et paralysaient la confiance dans la propriété : mais ce n'est pas encore tout; on agitait sur la prescription, à l'égard des corps religieux, une foule de questions qui rendaient encore plus perplexe toute cette partie du droit.

Qu'entendait-on par corps ecclésiastiques? Devait-on comprendre les confréries pieuses, les écoles de charité, les hôpitaux, les fabriques (3)?

Lorsqu'il s'agissait de savoir si on avait prescrit en vertu d'une aliénation faite sans nécessité, sans cause ou sans formalités, devait-on compter pour la prescription tout le temps qu'avait vécu le bénéficier après avoir aliéné? en d'autres termes, la prescription courait-elle du jour du contrat, ou du jour du décès du prélat ou abbé qui l'avait passé (4)? ou même la prescription devait-elle dormir jusqu'à ce que le titulaire eût un successeur (5)?

Le délai de quarante ans ne protégeait-il que les tiers-détenteurs ayant titre et bonne foi? Était-il im-

---

(1) *Répert., loc. cit.*, p. 610.

(2) *Répert., loc. cit.*, p. 611.

(3) Dunod résout la question affirmativement, page 8, et M. Merlin aussi, *Répert.*, v° *Prescription*, p. 630, col. 1.

(4) Despeisses, t. 1, p. 444, col. 1, et Dunod, p. 28, résolvent la difficulté en disant que la prescription ne court pas pendant la vie de celui qui a aliéné, car il faudrait qu'il allât contre son propre fait : ce qui serait difficile, ayant ordinairement de la répugnance à le faire. *Junge* M. Merlin, *loc. cit.*, p. 619 et 620.

(5) La coutume de Gorze se décidait pour la prescription à compter du jour du décès, mais le droit canonique voulait que l'on attendît la nomination du successeur (*Decrétales, de Prescript.*, cap. *De quarta et Ex transmissâ. Junge* M. Merlin, *loc. cit.*, p. 640).

puissent pour couvrir la possession du tiers de mauvaise foi, ou de celui qui avait acheté directement de l'église, sachant que l'aliénation était faite sans cause, et sans l'observation des formalités voulues par les lois (1)?

Lorsque l'église succédait à un laïque, la prescription ordinaire commencée contre ce dernier devait-elle être allongée par le seul fait de cette substitution d'une personne privilégiée à une personne soumise au droit commun (2)?

Pour prescrire d'église à église, fallait-il la bonne foi, c'est-à-dire une possession de quarante ans sans titre contraire (3)?

Si la prescription à fin de se libérer envers l'église était de quarante ans par le droit commun, n'y avait-il pas une exception à faire : 1° pour les rentes et redevances annuelles dues à l'église pour obit ou autres fondations (4)? 2° pour les redevances dues par certains prieurés à des abbayes dont ils avaient été démem-

---

(1) A Toulouse, à Grenoble, à Besançon, en Belgique, on jugeait, avec les docteurs ultramontains, que le délai de quarante ans mettait à couvert même les possesseurs de mauvaise foi. A Paris, la chambre des enquêtes fit d'abord prévaloir la prescription centenaire sur le titre vicieux; mais la grand'chambre n'admettait aucune prescription, et les enquêtes finirent par juger comme elle (M. Merlin, p. 622, rapporte tous ces arrêts). C'était aussi la jurisprudence du grand conseil (*id.*). A Aix, on exigeait un délai de cent ans pour couvrir la mauvaise foi résultant d'un défaut de forme; de même à Metz, en Normandie et en Bourgogne (M. Merlin, *loc. cit.*).

(2) L'affirmative est enseignée par la plupart des auteurs; elle ne fait pas de doute, d'après les vrais principes (M. Merlin, p. 628, art. 6).

(3) L'affirmative était jugée au parlement de Toulouse, après beaucoup d'oscillations (M. Merlin, p. 628).

(4) A Toulouse, on n'admettait pas même la prescription de cent ans pour ces droits (M. Merlin, p. 627, col. 1); mais cette jurisprudence ne s'étendait pas au fonds assigné pour dire des messes à perpétuité, et possédé pendant quarante ans sans rien payer par un tiers-détenteur; elle n'avait pas lieu non plus pour sommes à payer en une fois, quoique léguée avec charge de services perpétuels.

brés, en signe de la reconnaissance de la supériorité (1)?

Les prescriptions abrégées, introduites, dans certains cas particuliers, par le droit commun, étaient-elles applicables aux églises (2)?

Les arrérages étaient-ils privilégiés comme le fonds du droit (3)?

Telles étaient les principales questions qui occupaient la controverse, hérissaient les procès, et entretenaient une méfiance qui nuisait à la circulation de la propriété foncière (4).

194. Et ce n'était pas seulement dans le cercle des intérêts ecclésiastiques que ces questions étaient agitées; les corps séculiers s'étaient emparés de quelques-unes d'entre elles, pour se retrancher avec plus de sûreté dans la prescription; et, par exemple, lorsqu'il s'agissait de savoir si une commune pouvait être dépouillée de ses biens par une possession quadragénaire soutenue d'un titre vicieux qui était représenté, les communes prétendaient que la difficulté devait être jugée par les principes qui déterminaient la solution de la question, alors qu'elle concernait l'église (5).

Je dois dire toutefois que, ce point s'étant récemment rencontré dans un procès jugé par la cour de Nancy, cette cour (2e chambre) a pensé que la maxime : *Meliùs est nòn habere titulum quàm vitiosum ostendere*, ne s'opposait pas à ce qu'une partie

---

(1) L'affirmative était jugée à Toulouse. (M. Merlin, p. 627).

(2) Résol. affirmative (Dunod, p. 31. M. Merlin, *loc. cit.*, p. 627).

(3) Non. A cet égard, l'église était traitée comme les particuliers (M. Merlin, *loc. cit.*, p. 627).

(4) Il était indispensable de les rappeler, parce qu'il est peu d'affaires domaniales ou d'hospice où elles ne se représentent.

(5) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 630, nº 2.

pût, par la prescription de quarante ans, purger les vices de son contrat.

La commune de Merles avait passé, en 1775, avec le chapitre de Verdun, une transaction par laquelle elle lui cédait le tiers de la futaie-chêne dans des bois dont elle était propriétaire. Cette transaction n'avait pas été revêtue des formalités voulues par l'édit du mois d'avril 1667, par l'édit du mois d'avril 1686 et la déclaration du 22 juin 1659; la commune n'avait été habilitée à contracter par aucune autorisation préalable émanée du souverain. D'ailleurs, cette transaction manquait de cause; jamais il n'y avait eu de litige entre le chapitre et la commune, et c'était un titre simulé pour dépouiller les habitans de Merles.

En 1818, la commune de Merles réclama; le domaine, représentant le chapitre de Verdun, opposa la transaction de 1775, et repoussa par la prescription de quarante ans les moyens de nullité élevés par la commune. Alors la commune essaya de faire valoir la doctrine de l'imprescriptibilité, fondée sur la maxime: *Meliùs est non habere titulum, quàm vitiosum ostendere.*

Mais la cour, par son arrêt du 9 janvier 1834, ne pensa pas que cette doctrine fût juridique, et, si elle repoussa les moyens de prescription, c'est parce qu'elle jugea qu'il y avait eu interruption de la part de la commune:

« Considérant que la commune de Merles, placée « sous l'empire de la coutume de Verdun, avait quarante ans pour se faire réintégrer par la voie de l'action en nullité; que le silence gardé par la commune « depuis 1755 aurait dû se continuer jusqu'en 1795, « pour que la prescription fût obtenue; mais qu'en « 1793, c'est-à-dire avant l'expiration du laps de quarante ans, la commune de Merles a interrompu natu-

« nullement la prescription par une prise de posses-
« sion réelle qui se trouve prouvée par une série de
« procès-verbaux (1). »

195. D'après tout ce qui vient d'être dit, il était temps que le Code civil ramenât cette partie de la jurisprudence à la simplicité et à l'uniformité qui forment l'un de ses plus beaux caractères.

Notre article efface donc tous les priviléges qui encombraient la science, toutes ces disputes qui en faisaient un dédale : il veut qu'il n'y ait plus aucune différence entre les communes ou établissemens publics et les particuliers.

196. Ainsi, soit qu'il s'agisse du fond du droit, soit qu'il s'agisse de redevances, soit que la prescription soit à fin de se libérer, soit qu'elle ait pour but d'acquérir, le sort des communes, des hospices, fabriques, etc., est réglé par le droit commun.

Et il faut même dire que le vice d'une aliénation faite illégalement par une commune se purge par dix ans, d'après l'article 1304 du Code civil, soit que le titre vicieux soit représenté par celui-là même avec qui il a été passé contradictoirement, soit qu'il ait été ignoré du tiers-détenteur entre les mains duquel l'immeuble a été sous-aliéné (2).

Et de même que les communes et les établissemens publics sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, de même elles peuvent aussi profiter de toutes celles que le droit civil a introduites contre ceux-ci.

197. Il existe cependant dans la législation qui concerne les communes quelques dispositions spéciales relatives à la prescription ; je veux parler de celles qui ont trait à la réintégration des communes dans les

(1) Cet arrêt est inédit. *Infrà*, n° 531.

(2) M. Merlin, *Prescription*, p. 681, col. 1, n° 3. *Infrà*, n° 851.

biens dont elles avaient été privées par l'effet de la puissance féodale. C'est là un droit à part qui a survécu au Code civil, et qu'il est nécessaire d'exposer brièvement, du moins en ce qui touche directement à la matière qui nous occupe, parce qu'il est d'une application très-fréquente devant les tribunaux.

198. Occupons-nous en premier lieu des terres vaines et vagues.

La loi du 28 août 1792, en établissant une présomption de droit qui attribue aux communes la propriété des terres vaines et vagues situées sur leur territoire, avait fixé un délai de cinq ans pour que les communes exerçassent leur action contre les seigneurs, et elle autorisait les seigneurs à la combattre, soit par la représentation d'un titre, soit par une possession de quarante ans (1).

Mais cette faculté d'opposer une prescription de quarante ans au droit natif, attribuée aux communes sur les biens dont il s'agit, fut trouvée en 1793, exorbitante et injuste. Le vent soufflait en faveur des communes, et une vive réaction s'opérait contre la féodalité. En conséquence, la loi du 10 juin 1793 disposa, par l'article 1er de la section 4, ainsi qu'il suit : « Tous « les biens communaux en général, connus sous les « divers noms de terres vaines et vagues, gastes, gar- « rigues, landes, pacages, pâtis, ajoncs, bruyères, « bois communs, hermes, vacans, palus, marais, ma-

(1) Art. 9 de cette loi : « Les terres vaines et vagues, ou gastes, « landes, biens hermes ou vacans, garrigues, dont les communautés ne « pourraient pas justifier avoir été anciennement en possession, sont « censés leur appartenir, et leur seront adjugés par les tribunaux si « elles forment leur action dans le délai de cinq ans, à moins que les « ci-devant seigneurs ne prouvent par titres, ou par possession exclusive « continuée paisiblement et sans trouble pendant quarante ans, qu'ils en « ont la propriété. »

« récages et montagnes, et sous toute autre déno-
« mination quelconque, sont et appartiennent, *de leur*
« *nature*, à la généralité des habitans, ou membres
« des communes ou des sections de communes dans
« le territoire desquelles ces communaux sont situés,
« et, comme telles, lesdites communes ou sections de
« communes sont fondées et autorisées à les reven-
« diquer, sous les restrictions et modifications por-
« tées par les articles suivans.

« Article 8. La possession de quarante ans, exigée par
« le décret du 28 août 1792, pour justifier les proprié-
« tés d'un ci-devant seigneur sur les terres vaines et
« vagues.... ne pourra en aucun cas suppléer le titre
« légitime; et le titre légitime ne pourra être celui
« qui émanerait de la puissance féodale, mais seule-
« ment un acte authentique qui constate qu'ils ont
« légitimement acheté ledit bien, conformément à
« l'article 8 du décret du 28 août 1792. »

Une première question a été agitée. On a demandé si la loi de 1793 avait substitué la prescription ordinaire à la prescription de cinq ans établie par la loi de 1792. Pour l'affirmative, on disait : « La loi de 1793 forme une espèce de corps de droit sur la propriété des terres vaines et vagues ; elle résume et même elle étend toutes les dispositions des lois antérieures rendues depuis la révolution. Or elle ne dit nulle part, comme la loi de 1792, que l'action en revendication des communes sera limitée à cinq ans. Donc l'action des communes a été prolongée par elle jusqu'à trente ans. »

Mais on répondait : « La loi de 1793 se combine avec les lois qui l'ont précédée. Elle a sans doute dérogé à la loi de 1792, en ce que celle-ci permettait aux anciens seigneurs de se retrancher dans une possession de quarante ans, tandis qu'elle veut que rien ne puisse suppléer à un titre pur de tout vice féodal; mais

elle ne s'est pas expliquée sur le délai de l'action en restitution accordé aux communes. Or, d'une part, une loi postérieure ne déroge à une loi antérieure que lorsqu'il y a impossibilité de les concilier l'une avec l'autre : et ici, rien de plus facile que de faire concorder la loi de 1792 avec celle de 1793 ; de l'autre, la loi de 1793 aurait été peu rationnelle si elle eût prorogé jusqu'à trente ans le délai de la prescription. En effet, les terres vaines et vagues appartenaient aux seigneurs en vertu de leur droit de haute justice. Ce droit, généralement reconnu et consacré, formait pour eux un titre certain. Il est vrai que, dans l'esprit qui animait le législateur, en 1792 et 1793, on supposait que ce titre était vicieux ; qu'il reposait sur un contrat léonin intervenu entre le seigneur et le vassal ; que le premier avait par violence dépouillé le second (1) ;

(1) Il est inutile de dire qu'historiquement rien n'est plus faux que ce système des législateurs révolutionnaires de 1792 et de 1793. C'est ce que je crois avoir prouvé, pour les personnes exemptes de préjugés, dans deux articles de la *Revue de législation et de jurisprudence* (t. 1er, p. 1 à 14, et p. 161 à 176). La féodalité, qui a gouverné l'Europe pendant plusieurs siècles, ne peut avoir été un système radicalement illégitime ; autrement il n'aurait pas si long-temps ni si généralement subsisté. Il y a plus, c'est qu'en son temps la féodalité a été un progrès immense ; c'est par elle que les terres ont commencé à se diviser, et que les rangs inférieurs de la société se sont élevés de l'esclavage qui les dominait dans l'antiquité, jusqu'à l'état de vasselage et de bourgeoisie. Je conviens qu'au dix-huitième siècle la féodalité ne pouvait plus suffire aux besoins d'une société presque entièrement rajeunie : aussi faut-il applaudir à la sagesse et à l'énergie des législateurs de 1789 qui prononcèrent sa déchéance, et renversèrent, comme un obstacle au développement de la démocratie, les institutions féodales qui jadis avaient aidé quelques-uns de ses progrès. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est que l'Assemblée constituante, tout en la brisant, respecta les droits acquis sous son empire, et l'on en voit précisément un exemple dans l'attribution des terres vaines et vagues, qui, pour l'avenir, furent dévolues aux communes par la loi du 13 avril 1791, mais sous la condition que les seigneurs conserveraient celles dont ils s'étaient mis en possession en vertu des lois et des coutumes auparavant en vigueur. Voilà ce qu'on peut appeler réformer avec prudence. Mais, en 1792 et en 1793, la haine remplaçait la raison, et l'on se riait de l'histoire comme des droits acquis. J'en-

mais du moins le titre existait ; il valait comme titre apparent. Dès lors, les lois de 1792 et 1793 ne faisaient qu'opérer en faveur des communes une véritable restitution en entier (1). Il fallait donc se conformer au principe, de tout temps en vigueur, que les restitutions en entier doivent être restreintes dans un délai plus court que les actions ordinaires. »

C'est ce système qui a prévalu : consacré par un arrêt du 10 février 1813 (2), il n'est que faiblement contesté aujourd'hui (3). Toutefois, M. Dalloz paraît enclin à le repousser (4) ; mais je ne pense pas que ses scrupules doivent faire impression.

109. Voyons maintenant quelles circonstances ont empêché ce délai de courir. Je serai forcé de supposer qu'on connaît quelques principes dont le développement ne pourra venir que plus tard, c'est-à-dire lorsque je m'occuperai des suspensions et interruptions de prescription. (*infrà* n° 541 et suiv.)

D'abord, le délai de cinq ans n'a pas couru contre les communes qui se sont mises en possession de fait des terrains vains et vagues que les lois de 1792 et 1793 leur attribuaient : c'est en effet ce que dit le bon sens, traduit en maxime, dans l'adage : *Frustrà petis*

---

gage, du reste, ceux qui voudront se faire des idées justes sur la féodalité, à lire l'*Histoire de France* de M. Michelet, et surtout les leçons d'histoire de M. Guizot, qui, à mon sens, est incomparablement le premier de tous les historiens modernes, sous le rapport de la sagacité, de la profondeur et d'une haute et large impartialité.

(1) M. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. 6, p. 148.

(2) M. Merlin, *Répert.*, *Prescript.*, p. 631, col. 1, n° 4, et *Communaux*, p. 593, col. 2.

(3) *Voy.* un arrêt de la cour de cassation du 18 janvier 1817, portant cassation d'un arrêt d'Orléans (Dall., *Communes*, p. 108. Palais, t. 20, p. 765). Autre du 9 décembre 1828 (Dall., 29, 1, 59 ; Sirey, 29, 1, 286). Autre du 25 juillet 1831 (Dall., 31, 1, 251). M. Vazeille, t. 1, n° 822.

(4) *Loc. cit.*, p. 107.

quod intùs habes. On n'a pas besoin en effet de demander en justice ce dont on est investi; et comment concevoir que la prescription puisse courir contre celui qui possède (1)?

C'est ce qui a été consacré par un grand nombre d'arrêts (2).

200. Peu importe d'ailleurs que la possession ait été fondée sur un titre ou sur un jugement déclaré nul ultérieurement (3). Écoutons le langage de la cour de cassation, dans un arrêt de cassation du 4 mai 1819: « Que, si ce jugement renfermait des irrégularités qui « depuis en ont fait déclarer la nullité, tout ce qu'on « peut en conclure, c'est que le demandeur devait « porter de nouveau en justice l'objet sur lequel ce ju« gement avait prononcé; mais qu'il n'en est pas moins « constant, en fait, que la commune a eu à la suite de « ce jugement une possession paisible et de bonne foi, « dont l'effet nécessaire a été de conserver ses droits, « et par conséquent d'écarter la prescription quin« quennale qu'on lui opposait, et par conséquent aussi « de lui rendre applicable la disposition de l'article 1er « de la loi du 28 août 1792 (4). » [illegible]

Je fortifierai plus tard cette jurisprudence par la citation d'un arrêt rendu par la cour de Nancy, dans la cause du duc d'Aumale, contre les communes de Sté-

---

(1) M. Merlin, v° *Usage*, p. [illegible]; *Répert.*, *infra*, n° 352.

(2) Cassat., 30 juin 1825 (Dall., 25, 1, 335; Sirey, 26, 1, [illegible]). *Id.*, 22 décembre 1825 (*Palais*, 1826, t. 2, p. 555; Dall., 26, 1, 213; Sirey, 26, 1, 386). Dans l'espèce, la commune s'était mise en possession dans les cinq ans, et possédait encore lors de la demande. *Id.*, 14 juin 1832 (Dall., 32, 1, 239). *Id.*, 18 janvier 1830 (Dall., 30, 1, 78). *Id.* 27 novembre 1827 (Dall., 28, 1, 34; *Palais*, 1828, t. 2, 358; Sirey, 28, 1, 164). *Id.*, [illegible] (Dall., *Communes*, p. 110 et 111).

(3) Cassat., 29 novembre 1825 (*Palais*, 1826, t. 1, p. 557; Dall., 26, 1, [illegible]; Sirey, 26, 1, [illegible]). *Id.*, 27 novembre 1827 (Dall., 28, 1, 34; *Palais*, 1828, t. 2, 358; Sirey, 28, 1, 164).

(4) Dall., *Communes*, p. [illegible]. Voy. *infrà*, n° 211.

nay, Lenotteville, Cosse et Beaufort; arrêt par lequel cette cour a pensé qu'une possession continuée malgré des lois qui la condamnent est suffisante, pourvu qu'elle soit paisible, non violente (1) et *animo domini*, pour dispenser d'agir en justice d'après la loi de 1792 (2).

201. Combien, à plus forte raison, doit-on tenir compte d'une possession positive, saisie par les communes, suivant le vœu des lois de 1792 et 1793, et dont l'effet constant a été de tirer de la chose tous les produits dont elle était susceptible?

On approuvera donc un arrêt de la cour de cassation, du 18 janvier 1830 (3), qui décide que passer sur une lande, y faire paître les bestiaux et y couper de la bruyère, c'est posséder une terre vaine et vague, dans le sens le plus large, et en jouir avec toute l'étendue nécessaire pour l'application de la maxime : *Frustrà petis quod intùs habes.*

202. Mais que devait-on décider si la commune, étant en possession au moment de la promulgation des lois de 1792 et de 1793, venait à être dépossédée plus tard? Son action, pour être réintégrée, serait-elle bornée à cinq ans, ou bien aurait-elle trente ans, durée ordinaire des actions?

J'ai vu soutenir devant la cour de Nancy que la prescription de cinq ans n'est plus applicable, et voici comment on raisonnait : « Les lois de 1792 et 1793 n'ont trait, disait-on, qu'à la restitution en entier des com-

(1) *Infrà*, n° 212.

(2) *Infrà*, n° 216.

(3) Dall., 30, 1, 78. *Voy.* un arrêt de Nîmes du 21 novembre 1825 (Dall. 26, 1, 323). Dans cette espèce, la commune avait un droit d'usage sur une garrigue, et elle n'avait fait, depuis 1792 et 1793, que continuer l'exercice de ce droit limité. Or, une telle possession n'opérait pas interversion, pour arriver à la propriété entière.

nantes contre les spoliations produites par les abus de la puissance féodale. Lorsque, par l'influence de ces lois, les communes se sont mises en possession, ou bien lorsque ces mêmes lois les ont trouvées possédant les biens vains et vagues situés sur leur territoire, il est clair que la réintégration s'est opérée de plein droit, que la propriété a été consolidée sur leur tête, et que ces lois ont épuisé toute leur force de restitution ; mais si, plus tard, une commune vient à être privée de sa possession, comme ce ne sera pas l'abus de la puissance féodale qui l'aura dépouillée, elle rentrera dans la classe de tous les propriétaires qui ont trente ans pour réclamer l'héritage qui leur appartient. Les causes qui ont fait limiter à cinq ans l'action en restitution des communes ne subsisteront plus ; on n'aura plus à faire avec un adversaire qui puisait dans le droit féodal un titre coloré. Cet adversaire a été vaincu par les lois de 1792 et 1793, et dépouillé, par le fait, de la prise de possession de la commune. Or, la féodalité étant désormais hors de cause, la prescription de cinq ans cesse d'être applicable ; on rentre dans le droit commun. Au lieu d'une action en restitution en entier qui a disparu, puisque la restitution a eu lieu de droit et de fait, il n'y a plus qu'une action en désistement, réglée par le délai ordinaire des actions. » On verra plus bas par quelles autorités on pourrait corroborer ce système, et par quelles raisons on peut essayer de le combattre (1). Je me contente, pour le moment, d'avoir soulevé la difficulté, me réservant de la résoudre dans mon commentaire de l'article 2243.

203. On a demandé si la loi du 10 juin 1793, qui soumet au jugement des arbitres les contestations en-

(1) N° 554.

tre les communes et leurs ci-devant seigneurs, avait suspendu le délai de cinq ans.

Mais, cette question ayant été portée devant la cour de cassation, il a été jugé avec raison, par arrêt du 12 mars 1828 (1), « que le changement de juridiction « survenu dans le cours des procédures n'a jamais sus- « pendu le cours de la justice, et que la demande au- « rait pu être intentée et suivie devant les arbitres. »

204. Il n'y a pas eu non plus de suspension à la prescription de cinq ans par la loi du 21 prairial an 4, abrogée plus tard par celle du 9 ventose an 12. Ces deux lois ne concernent que le cas de partage de communaux (2).

205. Du reste, la prescription de cinq ans ne concerne pas les actions en désistement que les communes auraient à diriger contre des usurpateurs antérieurs à 1792 et 1793, mais qui ne puiseraient pas leur possession dans la puissance féodale.

C'est la doctrine que j'ai soutenue dans des conclusions que la cour de Nancy a adoptées par arrêt du 3 juillet 1825 (3).

Des habitans de la commune de Mauber-Fontaine prétendaient que de tout temps ils avaient possédé certains terrains vains et vagues, enveloppés par une zone de terrains communaux appelés riezes. La com-

(1) Dall., 28, 1, 53.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1827 (Dall., 28, 1, 53). La loi du 21 prairial an 4 est ainsi conçue : « Il est sursis pro- « visoirement à toutes actions et poursuites résultant de l'exécution de « la loi du 10 juin 1793 *sur le partage* des biens communaux ; » et la loi du 9 ventose an 12 porte, art. 7 : « Quant aux actions que des tiers « pourraient avoir à intenter sur les mêmes biens (les biens commu- « naux partagés), le sursis prononcé par la loi du 21 prairial an 4, « à toutes poursuites et actions résultant de la loi du 10 juin 1793, « est levé. »

(3) Dall., 29, 2, 113.

vaine dirigea contre eux une action pour les forcer à se désister de ces terrains, qu'elle soutenait avoir été usurpés sur le sol communal; et, à défaut de titre, elle plaçait le fondement de sa demande dans la présomption établie par les lois de 1792 et 1793; présomption d'autant plus grave dans l'espèce que les anciens seigneurs n'avaient jamais rien réclamé sur les rièzes, et que le domaine, qui les représentait, gardait le silence malgré son énergie à faire valoir ses moindres droits. Mais les détenteurs lui répondaient que, puisqu'elle allait chercher dans les lois de 1792 et 1793 des présomptions de nature à remplacer le titre, elle ne devait pas scinder les dispositions de ces lois, et qu'il fallait qu'elle acceptât la prescription de cinq ans, placée à côté de la présomption de propriété native, créée en faveur de la commune.

Mais, disais-je dans mes conclusions, l'article 9 de la loi du 28 août=14 septembre 1792, en n'accordant aux communes qu'un délai de cinq ans pour faire valoir la présomption de propriété qu'elle établit en leur faveur, suppose un fait qu'il faut toujours avoir présent à la pensée quand on interprète cette loi de circonstance : c'est que les anciens seigneurs à qui le droit féodal attribuait les terres vaines et vagues, en sont en possession positive, et que c'est contre eux que les communes ont à poursuivre l'anéantissement de ce bénéfice, considéré, à tort ou à raison, par les lois nouvelles, comme une véritable usurpation. C'est ce que prouvent non-seulement les préoccupations hostiles à la féodalité qui agitaient alors l'Assemblée législative, mais encore les termes de l'article 9 : « *à moins que les ci-devant seigneurs ne prouvent par titres, ou par possession exclusive continuée paisiblement et sans troubles pendant quarante ans, qu'ils en ont la propriété*. Le législateur suppose donc que la lutte est en-

gagée entre les communes et les seigneurs; il met aux prises les intérêts démocratiques avec les débris de l'antique féodalité. Quant aux simples particuliers, il n'est pas question d'eux. Les communes restent donc, à leur égard, dans le droit commun. Elles conservent la faculté d'agir dans le délai de trente ans pour se faire restituer ce qui leur appartient, en vertu de la présomption légale qui ressort des lois de 1792 et de 1793.

S'étonnera-t-on que j'oppose aux particuliers la présomption de l'article 9 de la loi de 1792, et qu'en ce qui concerne la prescription abrégée établie par ce même article, j'en appelle au droit commun? me reprochera-t-on de scinder l'article dont il s'agit, de n'en prendre que ce qui est favorable aux communes, et d'en retrancher ce qui est favorable aux particuliers?

Mais ma réponse sera bien simple.

Si la loi a cru que le droit natif des communes était tellement certain qu'il n'y avait plus qu'à le consacrer par une présomption légale; si le droit féodal a dû céder devant cette présomption, malgré sa respectable antiquité et sa longue et publique existence, combien, à plus forte raison, ce droit des communes a-t-il dû militer contre les particuliers qui ne trouvaient pas dans la féodalité une présomption contraire?

Mais cet argument *a fortiori*, qui tourne contre les particuliers la première partie de l'article 5, s'efface complètement pour faire place à d'autres idées, lorsqu'il s'agit de la prescription introduite en faveur des seigneurs : ceux-ci avaient un titre légal dans le régime féodal. Quelque aversion que les législateurs de 92 et de 93 eussent pour la féodalité, ils ne pouvaient s'empêcher de tenir compte du fait de leur possession et de la cause qui l'avait produite. Sans doute le droit féodal n'avait formé au profit du seigneur qu'un contrat lé-

sionnaire : ainsi le voyaient ceux qui prenaient part à la confection de la loi, d'accord avec certains publicistes dont les doctrines étroites sont aujourd'hui regardées comme fort arriérées (1); mais, précisément parce que les seigneurs avaient un titre, il fallait agir contre eux dans un court délai (2).

Mais, à l'égard des détentions illégitimes qui ne puisent pas leur origine dans le régime féodal, où est leur titre coloré et apparent? où est l'excuse qui force à mitiger la longueur de la prescription ordinaire par l'introduction d'une prescription abrégée? Là où il n'y a pas de titre, il n'y a pas lieu à restitution en entier; là où il n'y a pas lieu à restitution en entier, on procède par l'action ordinaire en désistement, qui dure trente ans : la prescription trentenaire est donc la loi des usurpateurs étrangers à la féodalité, et la deuxième partie de l'article 9 se trouve écartée.

Cette opinion, que je fortifiais par des considérations plus étendues, mais inutiles à consigner ici, se trouve reproduite dans l'arrêt de la cour royale.

206. Je me suis occupé jusqu'à présent de la restitution des communes dans les terres vaines et vagues. Le mouvement réactionnaire en faveur des communes ne pouvait s'arrêter là.

Les seigneurs s'étaient attribué le droit de faire distraire à leur profit le tiers des bois et biens communaux situés dans l'étendue de leur seigneurie. Ce droit s'appelait triage (3). Il était fondé sur cette idée, qui avait quelque chose d'historiquement vrai, mais que les jurisconsultes de la féodalité avaient poussée jusqu'à

(1) Voy. *suprà*, n° 198, note, et *infrà*, n° 206, note.

(2) *Suprà*, n° 198.

(3) *Répert.*, v° *Triage*. Dunod, p. 100. M. Proudhon, t. 6, p. 156. Ord. de 1669, tit. 25, art. 4 et 45.

l'exagération, savoir, que les biens et les bois possédés par les communes provenaient originairement des concessions des seigneurs. En fait, il n'est pas douteux que la plus grande partie des communes de France ne doivent leurs richesses territoriales aux libéralités des seigneurs (1), stimulés par leur intérêt personnel à appeler des habitans pour peupler les solitudes sur lesquelles ils régnaient presque seuls et sans sujets. Il y avait cependant beaucoup d'exceptions à cette vérité historique. Quelquefois les communautés d'habitans puisaient leurs droits de propriété dans des temps antérieurs à la conquête des Gaules, ou à des époques plus récentes, mais où le droit préexistant des seigneurs, souvent inerte à cause de son immense étendue, n'avait pas contrarié l'occupation des vassaux qui s'étaient fixés dans la localité. D'ailleurs, lorsque le droit de triage prit naissance (2), le temps avait couvert de son obscurité l'origine de toutes ces

(1) Dans son estimable *Traité des droits d'usufruit* (t. 6, p. 108 et suiv., et 449 et suiv.), M. Proudhon s'est efforcé d'établir une théorie contraire; et, dans deux dissertations très-développées, il s'est constitué le défenseur des communes, soutenant que le droit primitif et inné se trouve toujours du côté des corps communaux, tandis que du côté des seigneurs il n'y a que spoliation et usurpation violente. Je crois avoir démontré l'erreur de ce système, emprunté à des préjugés aujourd'hui fort arriérés et à des doctrines historiques tombées en discrédit, dans un article de la *Revue de législation et de jurisprudence* (t. 1er, p. 1 à 14). Et toutefois je ne serais pas étonné de voir plus d'un légiste crier contre moi au paradoxe, parce que je m'éloigne des idées reçues dans la plupart des livres de jurisprudence, et enseignées par Dumoulin, Loyseau, d'Aguesseau, Henrion de Pensey, etc., etc. Mais, aujourd'hui que l'esprit d'indépendance a pénétré partout, il serait temps de ne plus croire sur parole des auteurs, qui sont encore grands sans doute dans le droit civil, mais qui, en histoire, ont été singulièrement dépassés par les travaux de la science moderne. Tandis que la rénovation des études historiques fait de jour en jour de nombreuses conquêtes, et sert de point de ralliement à tous les esprits sérieux, la jurisprudence serait-elle la seule à vouloir rester étrangère à ce mouvement progressif?

(2) Au seizième siècle à peu près.

possessions, soit qu'elles fussent fondées sur des concessions, ou sur une appréhension non contestée, ou sur d'antiques droits acquis, la prescription les avait consolidées dans la main des communes ; elles étaient détenues à titre de propriétaire, sans partage, sans droit d'autrui : c'était donc un abus, une exagération condamnable de la légitimité féodale, que d'avoir constitué après coup, et comme par réminiscence, ce droit de triage, incompatible avec le respect dû à la prescription. Néanmoins, depuis l'ordonnance de 1669, le triage était consacré par la loi ; il faisait partie du droit féodal écrit et observé.

La loi du 28 mars 1790 abolit, pour l'avenir seulement, le droit de triage ; mais, dans son respect pour les droits acquis, elle laissa subsister des partages qui avaient pour eux une possession plus que séculaire. Bientôt les idées s'échauffèrent, la révolution devint plus âpre dans son action sur le passé, et la loi du 28 août — 14 septembre 1792, regardant comme trop timide la loi du 28 mars 1790, abolit rétroactivement tous les effets de l'ordonnance de 1669, en ce qui concerne le triage ; par son article 1er, elle accorda aux communes un délai de cinq ans pour rentrer en possession des portions de leurs biens communaux, dont l'exercice du triage les avait privées (1). C'était le tour de la légitimité démocratique ; elle prenait sa revanche contre la légitimité féodale ; elle se déclarait seule vraie *a priori*, comme l'autre l'avait fait en son temps ; elle se servait des mêmes armes, effet rétroactif, mépris pour la prescription et pour des possessions immémoriales, renversement des droits acquis.

207. Dans les provinces de Lorraine, Barrois, Clermontois, etc., il existait un autre droit voisin du pré-

(1) *Voy.* un arrêt de cassation du 27 avril 1825 (Dall., 29, 1, 227).

cédent, et fondé sur les mêmes causes : c'était le tiers-denier, qui consistait à attribuer au seigneur le tiers du prix de coupes de bois faites dans les bois appartenant aux communes en toute propriété ou à titre d'usage.

L'article 2 de la loi du 28 août = 19 septembre 1792 abolit le tiers-denier, et accorda cinq ans aux communes pour faire opérer la restitution en entier des parties de leurs bois et usages dont le tiers-denier les avait privées.

208. De plus, sous prétexte de cantonnemens, les seigneurs avaient quelquefois abusé du pouvoir féodal pour dépouiller les communes. L'article 6 de la même loi autorisa ces derniers à se pourvoir dans le délai de cinq ans pour faire reviser les édits, déclarations, arrêts du conseil, transactions, jugemens, et autres actes du même genre qui lésaient leurs droits.

209. Enfin, lorsque, après un arpentement général de tous les fonds d'une commune, on trouvait en surmesure, tant des héritages particuliers que des biens communaux, des parcelles ou portions de terrains, les seigneurs se faisaient investir de ces portions ou parcelles, à titre de *revenant-bons* découlant de leur suprématie féodale.

La loi du 20 avril = 14 septembre 1792 accorda aux communes la faculté de faire reviser, dans le délai de cinq ans, les arrêts du conseil, jugemens, transactions, arpentemens, bornages, agrimensations, par suite desquels des revenans-bons auraient été adjugés aux seigneurs (1).

210. On voit que, toutes les fois que la loi de 1792 rencontre devant elle un titre féodal, elle le combat par une action limitée à cinq années. J'en ai dit la raison

(1) Art. 6. M. Proudhon, t. 6, p. 143 et 144.

ci-dessus (1) ; c'est que, lorsqu'il s'agit de faire tomber un titre lésionnaire, l'action doit être plus restreinte dans sa durée que les actions ordinaires.

211. Mais, dans l'effervescence que les lois de la révolution occasionnèrent dans les communes, il arriva très-souvent que les habitans, pressés de jouir, n'eurent pas la patience de recourir aux voies judiciaires pour se faire réintégrer. Ils saisirent eux-mêmes la proie que le législateur leur jetait ; ils en jouirent pendant les cinq ans qui leur étaient accordés à l'effet de diriger leur action devant les tribunaux.

De là la question de savoir si cette possession, prise indûment, pouvait faire écarter la déchéance prononcée contre les communes qui n'avaient pas agi dans les délais légaux ; mais elle a toujours été résolue par la cour de cassation en faveur des communes : « Considérant, dit « cette cour dans un arrêt du 9 mars 1809, qu'en « reprenant de fait la possession des terrains dont il « s'agit, *la commune a fait plus que* d'en former la « demande dans les cinq ans de cette loi de 1792 ; ce « qui écarte le moyen pris de ce que la commune « ne s'est point pourvue en justice dans les cinq an« nées (2). »

Au surplus, ce point de droit se règle par les principes que nous avons exposés aux numéros 199, 200, 201 (3). Je dois dire cependant que la cour de Nanci s'est long-temps obstinée à lutter contre des principes si certains, et que, le 24 juin 1829, elle a rendu un arrêt de résistance à cette jurisprudence si rationnelle.

(1) Nos 198 et 205.

(2) Dall., *Communes*, p. 105, 110, 112 et suiv. *Répert.*, vo *Triage*; *Quest. de droit*, vo *Triage*, § 3. Supplément cite également un grand nombre d'arrêts conformes.

(3) *Junge* M. Proudhon, t. 6, p. 169. Autre arrêt du 29 novembre 1825 (Dall., 26, 1, 12. *Palais*, 1826, t. 1, p. 557). *Infrà*, no 216, arrêt de Nancy.

M. Merlin nous a conservé les conclusions du ministère public, qui ne sont qu'un effort perpétuel pour se mettre en opposition avec le système doctrinal soutenu sans relâche par la cour régulatrice. Dans la science du droit, il n'y a pas d'opinion qu'on doive dédaigner, venant surtout de magistrats consciencieux et intègres; je dirai cependant que je n'ai jamais rien vu de plus faible que ce réquisitoire, ainsi que les motifs de l'arrêt qui les adoptent. M. Merlin les appelle *très-spécieux* (1); c'est probablement une courtoisie de compatriote et un calcul d'adversaire généreux.

Passons brièvement en revue les argumens de M. l'avocat général.

« La loi, a-t-il dit d'abord, attachait une *condition* au droit qu'elle accordait aux communes : c'était d'agir en justice dans le délai de cinq ans. De là, impossibilité d'admettre la légitimité des possessions usurpées au mépris de cette loi. »

Réponse. La loi de 1792, en limitant la réintégration des communes par une prescription de cinq ans, supposait qu'elles étaient dépouillées, et que les seigneurs étaient en possession. Aussi dit-elle, « et POUR RENTRER EN POSSESSION, *les communes seront tenues de se pourvoir devant les tribunaux dans le délai de cinq ans.* » Mais, quand les communes avaient une possession non contredite dans l'an et jour, peut-on s'imaginer qu'elles ne pouvaient la conserver que par une réclamation en justice? oublie-t-on cette maxime du bon sens : *Frustrà petis quod intùs habes?*

Le ministère public continue : « Le titre des communes n'était que conditionnel; il était subordonné à la condition d'agir dans les cinq ans : or, tant que la condition était pendante, la possession des commu-

(1) *Quest. de droit*, v° *Triage*. Supplément, p. 458, col. 2.

nel fondée sur ce titre était imparfaite. Il y a plus; la condition n'ayant pas été accomplie, la possession n'a rien été : toutes les choses sont rentrées dans leur état primitif. *Actus conditionalis, defectâ conditione, nihil est.* »

Réponse. Quand je vois de si prodigieux écarts de raisonnement entraîner le suffrage d'une cour royale d'ailleurs renommée par ses lumières, n'ai-je pas raison de dire qu'en droit il n'y a rien à négliger? Comment M. l'avocat général, au lieu de se perdre dans tout ce travail pénible d'argumens, n'a-t-il pas été droit à l'article 2243 du Code civil, dont la pensée est si claire et dont l'application était si directe. Une prescription court contre les communes; eh bien! elles l'interrompent par une voie naturelle, en privant le possesseur pendant plus d'un an de la jouissance de la chose : donc, elles ont conservé leur droit; donc il n'y a pas eu de prescription tant qu'elles ont possédé. Voilà ce que dit la loi, et ce que la raison crie encore plus haut. Que fait, au contraire, le ministère public? Il trouve, dans les lois romaines et dans Pothier, que la prescription par dix et vingt ans ne s'acquiert pas en vertu d'une possession procédant d'un titre suspendu par une condition, et sur-le-champ il s'empare de cette doctrine et il l'applique aux communes, en disant : « Les communes ont leur titre dans la loi de 1792; mais ce titre était suspendu par une condition, consistant à réclamer dans les cinq ans : donc, tant qu'elles n'ont pas agi en justice, leur possession n'a pu leur rien faire acquérir. » Or, je le demande, est-ce là raisonner? est-ce que les communes prétendent que leur possession leur a procuré une prescription contre l'ancien seigneur? est-ce qu'il s'agit pour elles d'arriver à la propriété par une prescription soutenue d'un titre et de la bonne foi? Nullement : toute la question est de savoir si on

a prescrit contre elles, si la prescription de l'ancien seigneur n'a pas été interrompue par leur possession continuée pendant l'an et jour. M. l'avocat général et la cour confondent l'acquisition de la prescription avec l'interruption de la prescription. La méprise ne saurait être plus grande.

M. l'avocat général insiste ensuite sur ce que la possession procédant d'un titre conditionnel est imparfaite, et qu'elle ne fait rien perdre au propriétaire; mais c'est toujours le même argument retourné d'une autre manière. On ne prétend pas que la possession des communes ait fait passer sur leur tête la propriété résidant auparavant sur celle des seigneurs; on se borne à soutenir que la prescription qui courait contre les communes a été interrompue : or ce point, qui est le seul décisif, est aussi le seul dont ni le ministère public ni la cour ne songent à s'occuper.

Ensuite, que veut dire M. l'avocat général, que veut dire la cour dans son arrêt, lorsqu'ils citent à l'envi la maxime: *Actus conditionalis, defectâ conditione, nihil est?* où a-t-on vu que la prise de possession par les communes fût subordonnée à la condition d'agir? comment n'aperçoit-on pas, à la lumière de l'article 2243, que cette prise de possession, non troublée pendant an et jour a eu précisément pour but de dispenser les communes d'intenter leur action?

M. l'avocat général, toujours préoccupé de son idée de déchéance au bout de cinq ans, s'est vu arrêté tout court par la maxime célèbre : *Quæ sunt temporalia ad agendum ad excipiendum fiunt perpetua*; mais il y répond en disant qu'elle n'est applicable que lorsque le défendeur n'a pas pu intenter une action contraire à celle qu'on exerce contre lui.

Comme nous discuterons plus tard l'étendue de la maxime dont il s'agit, nous remettons à un autre

moment de réfuter l'erreur de M. l'avocat général (1).

212. Si la prise de possession d'une commune eût été violente, il ne faudrait pas y avoir égard : en effet la violence, tant qu'elle dure, vicie la possession; (art. 2233) mais il ne faut pas croire que toute possession saisie avant de recourir à la justice soit violente. La violence a des caractères particuliers; elle se manifeste par des voies de fait graves, positives; elle comporte une sorte de résistance de la part de celui qu'on expulse. Il n'en est pas ainsi dans les cas où une commune s'est mise en possession sans opposition, et a continué à jouir sans trouble, publiquement, et à titre de propriétaire (2).

213. Ce n'est pas seulement par l'occupation que les communes ont pu se mettre à l'abri de la prescription de cinq ans : elles ont eu aussi la faculté d'interrompre cette prescription par les moyens civils ordinaires; il y a plus, depuis que l'émigration eut mis en fuite les anciens seigneurs, presque toujours les communes eurent pour adversaires le domaine, qui représentait les individus dont les biens étaient confisqués.

Or, d'après l'article 15, titre 3 de la loi du 28 octobre = 5 novembre 1790, ceux qui veulent actionner le domaine de l'État doivent se pourvoir au préalable par un mémoire adressé à l'administration, et l'on sait que la remise et l'enregistrement du mémoire au secrétariat interrompent la prescription, d'après ce même article.

Les communes qui ont procédé par cette voie contre l'État, représentant les seigneurs, ont donc échappé, par une interruption légale, pourvu qu'elle ait précédé

---

(1) *Infrà*, nos 827 et 829. *Junge* no 216.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 20 août 1832 (Dall., *Communes*, p. 116). *Infrà*, sur l'art. 2233.

l'expiration des cinq années, à la prescription établie par la loi de 1792.

Voici d'ailleurs un arrêt de la cour de cassation qui montre l'application de cette doctrine :

« Attendu que déjà, avant la sentence arbitrale de « l'an 2, les communes de Véronne avaient présenté « à l'administration départementale de la Côte-d'Or et « fait enregistrer un mémoire par lequel elles deman- « daient l'autorisation nécessaire pour agir, contre l'É- « tat, en réintégration de la possession des bois dont « la loi les déclarait propriétaires ;

« Que, par arrêté du 28 février 1793, l'administra- « tion départementale autorisa les susdites communes « à diriger leurs poursuites contre l'État..... que, d'a- « près l'article 15 de la loi du 5 novembre 1790, la « prescription de cinq ans fut interrompue par cette « demande suivie dudit arrêté ;

« Attendu que l'*interruption civile* de cette pres- « cription fut encore de nouveau bien formellement « opérée par la demande formée par lesdites commu- « nes le 4 pluviose an 4, et par conséquent dans le « délai de cinq ans..... qu'en effet lesdites commu- « nes demandèrent alors qu'en exécution de ladite « sentence arbitrale, il leur fût permis de faire une « coupe de bois..... que l'administration départemen- « tale, en faisant droit sur cette réclamation par son « arrêté du 27 germinal an 5, ne contesta aux com- « munes, ni leur propriété ni leur possession..... que, « si elle défendit de faire les coupes, elle ne fonda « sa prohibition que sur la loi du 7 brumaire an 3, qui « suspendait, à cet égard, l'exécution des sentences ar- « bitrales, jusqu'à ce qu'il en eût été autrement or- « donné (1). »

(1) Arrêt du 29 novembre 1825 (Dall., 26, 1, 14. *Palais*, 1826, t. 1, p. 557).

214. Au surplus, si une commune avait laissé écouler le délai de cinq ans sans réclamer, il ne servirait de rien qu'elle produisît des actes prouvant qu'avant le triage elle avait la pleine propriété de la forêt, et ce serait en vain qu'à la faveur de ces titres, elle aspirerait à se placer dans l'hypothèse prévue par l'article 8 de la loi de 1792. L'article 1er, qui concerne exclusivement le triage, suppose que la propriété originaire de la commune est prouvée : la justifier par des actes, c'est produire un moyen surabondant ; c'est ne rien changer aux conditions dans lesquelles se place l'article 1er, qui limite l'action en restitution à cinq ans. On ne conçoit pas que la cour royale de Paris ait pu tomber dans l'erreur énorme de croire que la production de titres de propriété par une commune modifiât à tel point l'état des choses, que la prescription de trente ans dût prendre la place de la prescription de cinq ans. Aussi son arrêt a-t-il été cassé par arrêt du 27 avril 1829 (1).

215. Il me reste à parler d'une autre sorte de biens dans lesquels les communes ont été réintégrées, et pour la restitution desquels la loi du 28 août = 16 septembre 1792 (telle du moins que la jurisprudence l'a interprétée) leur a accordé une action trentenaire.

Ce sont d'abord les fonds qui auraient été adjugés aux seigneurs, depuis 1669, pour remboursement de leurs bans, à titre de deshérence (article 7).

Ce sont ensuite les biens productifs ou les droits d'usages dont les communes prouveraient avoir été anciennement en possession, et dont elles auraient été dépouillées par abus de la puissance féodale, soit que ces spoliations aient pris leur source dans des édits,

---

(1) Dall., 29, 1, 227. M. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Triage*, supplément, § 5.

déclarations, arrêts du conseil et lettres-patentes, soit qu'elles aient été consacrées par des jugemens, transactions ou possessions quelconques. Toutes les fois que l'ancienne possession d'une commune a été justifiée, il a fallu que le seigneur prouvât le passage de l'immeuble productif ou de l'usage dans son domaine, par un acte authentique et légitime (article 8).

Dans les premiers temps de la mise à exécution de la loi de 1792, on s'est demandé si cette réintégration des communes a dû être réclamée dans les cinq ans, comme celles que nous avons énumérées aux numéros précédens.

Pour l'affirmative on disait: « Les articles 7 et 8 dont il vient d'être parlé ne fixent aucun délai spécial pour l'introduction des actions qu'ils autorisent; mais ils doivent être expliqués par les articles qui précèdent, et qui, tous, fixent à cinq ans la plus longue durée de l'action des communes. De quoi s'agit-il dans les articles 7 et 8? D'une restitution en entier contre des titres lésionnaires passés sous l'influence de la domination féodale! De quoi s'agit-il dans les articles précédens? D'actions en restitution ou autres fondées sur des causes absolument analogues!! Donc la prescription de cinq ans est applicable à tous les cas prévus par la loi de 1792 (1). »

Mais on répondait: « Les articles 7 et 8 sont les seuls qui ne restreignent pas à cinq ans l'action des communes. Par les articles 1 à 6, une prescription quinquennale est là pour circonscrire le droit des communes; l'article 9 s'explique, dans le même sens, d'une manière aussi explicite. Pourquoi cette précaution d'une part, et ce silence de l'autre? pourquoi ce con-

(1) C'est vers cette opinion qu'incline encore M. Vazeille, t. 2, nos 819 et 820.

raste entre les articles 7 et 8, et tous ceux qui précèdent ou qui suivent? Cette opposition de rédaction n'est-elle pas le signe évident d'une opposition dans les idées? Peut-on douter que les articles 7 et 8 n'eussent été fidèles à cette uniformité d'énonciations qui se fait remarquer dans les autres articles, si le législateur n'avait pas voulu faire une exception en faveur des droits consacrés par ces deux articles 7 et 8? Ainsi leur rentre, à défaut d'exception, dans le délai ordinaire des actions qui ne se prescrivent que par trente ans (1).

La jurisprudence a consacré cette seconde opinion, et elle est trop bien établie pour pouvoir être aujourd'hui contestée. Je me bornerai à citer un arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1825 (2), et une foule d'arrêts de la cour de Nancy, qui, saisie un grand nombre de fois de cette question, l'a toujours résolue dans ce dernier sens (3). Néanmoins on ne peut s'empêcher de reconnaître que la différence faite entre les articles 7 et 8, et les articles 1, 2, 6 et 9, est difficile à expliquer. Je la concevrai toutefois, jusqu'à un certain point, à l'égard du triage, du tiers-denier, des revenans-bons et des terres vaines et vagues, parce que, s'agissant d'attaquer les vices d'une institution légale plutôt que les actes abusifs de l'homme pris individuellement, on a pu vouloir se montrer moins large et moins facile pour revenir sur des possessions acquises à l'ombre des lois; tandis que, dans l'article 8, il s'agit de réformer les actes de spoliation de l'individu, et

(1) C'est l'opinion de M. Proudhon, t. 6, p. 145, et de M. Merlin, *Répert.*, *Communaux*, p. 593, col. 1, n° 3).

(2) Dall., 25, 1, 333, *Palais*. Autre arrêt du 16 juillet 1822 (Dall., *Communes*, p. 112 et 113).

(3) En dernier lieu encore dans un arrêt du 9 janvier 1834 (2e chambre), [illegible] le domaine contre la commune de [illegible].

que par conséquent le législateur a dû laisser plus de latitude à l'attaque et moins de faveur à la défense. Mais ce qui déroute toutes mes idées, c'est que les cantonnemens dont parle l'article 6 ne peuvent être revisés que dans le délai de cinq ans, quoiqu'il y ait une marge de trente ans pour reviser les transactions qui ont enlevé aux communes leurs anciens droits d'usages ou leurs anciennes propriétés productives; c'est que, de part et d'autre, les abus étant les mêmes et provenant de la même origine, ils sont poursuivis par des actions différentes; c'est encore que les attributions de déshérences, que veut réformer l'article 6, soient jugées d'un autre oeil que les attributions de terres vaines et vagues, quoique ce soit ici et là l'institution légale qui eût parlé.

Je dirai donc que l'isolement anomal des articles 7 et 8 me paraît peu rationnel : néanmoins, comme magistrat, je n'ai jamais hésité à opiner pour la prescription trentenaire, parce qu'il m'a suffi de trouver du louche dans la loi pour incliner vers le parti le plus favorable aux communes. Dans le doute, on doit toujours se prononcer contre la déchéance et pour le droit commun; d'ailleurs il y a du danger à vouloir revenir sur les idées non contestées à l'ombre desquelles des droits ont pu se reposer.

216. Comme il est arrivé assez souvent que des communes se sont saisies par voie de fait des droits d'usage dont la féodalité les avait injustement dépouillées, on a agité de nouveau ici la question de savoir si cette possession a pu interrompre la prescription. Ce point de droit, si souvent jugé ou préjugé, et toujours remis en question, a été discuté en 1833 avec beaucoup de force, devant la cour de Nancy, par Mᵉ Gaudry, avocat du barreau de Paris, pour le duc d'Aumale, héritier du prince de Condé, et par Mᵉ Moreau, pour les com-

munes de Stenay, Laneuveville, Cessé et Beaufort. Mais la cour royale, par son arrêt du 31 mai 1833 (1), n'a pas un instant hésité à se ranger à la jurisprudence analogue dont nous avons rapporté les monumens aux numéros 200, 211 et 216 :

« Considérant qu'il convient d'examiner maintenant « la partie des conclusions des communes tendant à « obtenir d'être réintégrées dans les droits dont elles « prétendent avoir joui avant la révolution ;

« Que ce chef de conclusions, qui prend son fonde- « ment dans l'article 8 de la loi du 28 août 1792, ne « peut être écarté par une fin de non-recevoir tirée « de la prescription de trente ans ; qu'en effet ces « communes ont joui jusqu'en 1809 des droits qu'elles « réclament aujourd'hui sur la forêt de Dieulet ; qu'é- « tant en possession réelle, elles n'avaient à diriger « aucune action contre l'Etat (représentant le prince « de Condé), qui ne les troublait pas ; que tel est le « sens de la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agen-* « *dum ad excipiendum fiunt perpetua* (2) ; qu'ainsi « il faut retrancher du délai de la prescription tout le « temps pendant lequel elles sont restées en posses- « sion ; que c'est ce que décide formellement la loi 3, « au D. *Ex quibus causis majores, etc.* (3) ;

« Qu'il importe peu que cette possession des com- « munes fût condamnée par le décret (4) du 29 flo-

(1) Recueil des arrêts de Nancy et de Metz, t. 1, 2e partie, p. 181.

(2) *Infrà*, nos 827 et suiv.

(3) *Voy.* en effet Bartole, sur cette loi, où il dit avec la glose, en l'interprétant : *Possessionis apprehensio habet vim contestationis et actionem perpetuat.*

(4) Voici le texte de cette loi : « La Convention nationale décrète que « la loi du 7 brumaire an 3, relative aux bois dont les communes ont été « mises en possession, s'applique aux réintégrations prononcées par des « jugemens des tribunaux, ou par des arrêts des départemens... » Et la loi du 7 brumaire an 3 portait : « La Convention décrète que toute

« réal an 3 et par la loi du 19 germinal an 11 (1); que,
« pour que la maxime : *Quæ temporalia, etc.*, soit
« applicable, il n'est pas nécessaire d'avoir un titre
« réel ou coloré; qu'il suffit d'une possession *animo*
« *domini*, donnant le possessoire, et de nature à prou-
« ver la prescription trentenaire (2), laquelle ne re-
« quiert ni titre ni bonne foi; car il est évident que
« celui qui peut repousser par la complainte les at-
« teintes à une possession ainsi qualifiée, et qui place
« son adversaire dans l'obligation de l'attaquer par la
« voie du pétitoire, n'a aucun intérêt à prendre l'ini-
« tiative, et à quitter la position favorable de défen-
« deur, pour se charger du rôle toujours périlleux
« de demandeur en revendication (3). »

« exploitation de bois dans laquelle les communes seraient entrées en
« vertu de sentences arbitrales demeurera suspendue jusqu'à ce qu'il en
« ait été autrement ordonné. »

(1) Voici le texte de cette loi ; « Art. 1er. Les communes qui ont ob-
« tenu, dans les tribunaux civils, des jugemens qui leur ont adjugé des
« droits de propriété ou d'usage, *soit dans les forêts nationales, soit*
« *dans celles de la République*, et à l'exécution desquels il a été sursis
« par la loi du 25 floréal an 3, produiront devant le préfet de leur dé-
« partement lesdits jugemens et les pièces justificatives, dans le délai de
« six mois ; passé lequel, et faute de ce faire, lesdits jugemens seront
« considérés comme non avenus. »

(2) *Voy.* en effet *infrà*, no 835.

(3) *Jurisprud. des cours de Nancy et de Metz*, 1re partie, t. 1, p. 185.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION.

ARTICLE 2228.

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom.

SOMMAIRE.

217. La possession est tout à la fois le moyen d'acquérir la prescription et le remède contre ses dangers.
218. § Sa définition. Son élément primitif.
219. La possession dont il est question dans ce chapitre n'est pas celle qui est jointe au droit de propriété reconnu et incontesté; c'est la possession considérée comme indice du droit de propriété, quand il est douteux.
La propriété est le droit; la possession est le fait.
220. Il n'est pas vrai qu'il y ait eu un droit de possession antérieur au droit de propriété. Partout où il y a des hommes il y a des propriétaires. C'est, au contraire, chez les peuples très-avancés dans les notions du droit, qu'on a séparé la possession de la propriété.
221. L'homme attache une pensée d'avenir à la possession; il ne croit pas qu'il est réduit à posséder momentanément ou viagèrement: l'idée de propriété, c'est-à-dire d'un droit survivant au fait, est la première à se développer en lui.
222. Il est donc faux que la propriété soit née de la possession. La possession n'est que le fait par lequel le droit de propriété se déclare.
223. Il suit de là que, lorsque le droit marche d'accord avec le fait, la possession est unie à la propriété.

224. Mais, lorsque le droit est inconnu, et qu'il faut le rechercher, on se trouve forcé de considérer la possession abstraction faite du droit de propriété, afin qu'elle ne reste pas en suspens. De là la règle d'Ulpien : *Nihil commune habet proprietas cum possessione.*

225. Or, comme la possession réveille toujours l'idée de propriété, la loi, qui y est fidèle, présume provisoirement, et jusqu'à preuve contraire, que celui qui possède est propriétaire.

226. Mais un seul jour de jouissance ne suffit pas pour établir cette présomption ; il faut une possession d'an et jour. Alors la loi donne à cette présomption tant d'autorité, qu'elle lui accorde des actions possessoires, pour que le possesseur soit respecté.

227. Il y a plus ! si la possession se continue par dix, vingt et trente ans, avec certaines conditions, la loi y voit l'indice irréfragable et indestructible de la propriété.

228. Autres effets de la possession. Justification de la maxime : *Beati possidentes.*

1° Attribution des fruits à celui qui possède de bonne foi et avec titre translatif. Cette attribution est fondée sur un droit présumé de propriété.

229. 2° Le possesseur est absous si le demandeur ne prouve pas.

230. 3° Action publicienne fondée sur une propriété présumée.

231. La possession emprunte tous ces effets à la propriété présumée dont elle est l'indice, en attendant qu'on trouve le véritable propriétaire encore ignoré : du moins, cela est incontestable en droit français.

232. Conclusion qui confirme cette vérité. Les actions possessoires ont été introduites pour conserver au possesseur l'avantage de la présomption de propriété, et pour régler la possession pendant qu'on ignore où est le droit de propriété. En était-il ainsi chez les Romains ? Opinions diverses. Système de M. Niébuhr.

233. La possession n'est qu'un fait, et pas un droit.

234. Il y a cependant des auteurs, comme Grotius, Domat, MM. Duranton, Blondeau et Poncet, qui croient qu'il y a un droit de possession comme un droit d'usufruit, et qui le rangent dans la classe des droits réels.

235. Il y en a d'autres, comme Huberus, qui, tout en accordant l'existence d'un droit de possession, veulent qu'il ne soit ni réel, ni personnel.

236. D'autres, comme M. de Savigny, croient que la possession est tout à la fois de droit et de fait, et que c'est un droit personnel. Mais, dans le droit moderne, il n'en est pas ainsi.

237. Discussion pour établir que, d'après les principes français, la possession, même annale, n'est pas un droit spécial.

238. Les actions possessoires sont réelles, parce qu'elles émanent d'un droit de propriété présumé. Heureuse innovation du droit canonique. Nécessité de conserver au droit français son originalité.

239. § Il y a diverses espèces de possession. De la *possession naturelle* et de la *possession civile*. Idées romaines à cet égard. Elles expliquent très-bien ces deux espèces de possession. Mais ces dénominations, en passant dans le droit français, n'y ont aucun sens; aussi les auteurs ne peuvent-ils pas s'accorder sur ce qu'ils appellent possession civile et possession naturelle. Il faudrait renoncer à ces distinctions vicieuses; il y en a de plus utiles.

240. De la possession *juste* et *injuste*.

241. De la possession *de bonne foi* et de la possession *de mauvaise foi*.

242. De la possession *réelle* et de la possession *feinte* ou *artificielle*. Illusion de cette distinction.

243. § Examen de la question de savoir si deux ou plusieurs personnes possèdent *in solidum* la même chose. Une possession exclut une autre possession de même nature.

244. Des communistes peuvent posséder en commun la chose indivise qui leur appartient; ils forment une société collective.

245. Du reste, il est rare que, lorsque deux personnes prétendent à la possession de la même chose, leurs deux possessions s'équilibrent parfaitement. Règles à suivre pour donner la préférence à l'une sur l'autre. La possession physique et patente l'emporte sur la possession intentionnelle. Erreur de la cour de Lyon.

246. M. Bentham a exagéré les difficultés qu'il y a à trouver la véritable possession entre deux prétentions rivales. Langage prétentieux et superbe de cet écrivain. Hypothèses forcées qu'il propose.

Une question plus utile est celle de savoir à qui appartiennent les meubles, quand deux personnes vivent en commun. Comment elle se résout.

247. § Quelles choses sont susceptibles de possession. On possède une chose matérielle ou même un droit. Le Code a écarté des pruderies de langage dont Pothier s'était rendu l'écho.

248. Mais on ne possède pas les choses qui sont dans le domaine public.

249. Dans toutes les matières imprescriptibles, la possession annale n'est pas un indice de propriété.

250. On ne possède pas la partie incertaine d'une chose.

251. § De l'acquisition de la possession. Il est difficile de prendre sur le fait l'origine de la possession. A cet égard, les jurisconsultes romains se sont livrés à des subtilités plus curieuses qu'utiles. Toutefois il y a quelques règles nécessaires à connaître.

1° De l'appréhension de la chose.

252. Suite. Que doit faire le juge du possessoire quand il n'aperçoit pas lequel des deux adversaires a la possession, ou quand les deux possessions sont également prouvées?

253. 2° De la volonté de posséder jointe à l'appréhension.

254. *Quid* s'il y a erreur sur la chose?

255. Celui qui est incapable de volonté ne peut acquérir une possession.

256. Mais il l'acquiert par son tuteur. Subtilités du droit romain rejetées par le droit français.

257. Comment les communes acquièrent la possession. Subtilités du droit romain adoptées par Pothier. La simplicité de la jurisprudence française doit les faire écarter.

258. Une femme peut acquérir la possession sans l'autorisation du mari.

259. De l'acquisition de la prescription par procureur.

260. Conditions requises par les lois romaines et adoptées par Pothier, en ce qui concerne la volonté du procureur. On ne peut les adopter aujourd'hui.

261. Condition de volonté requise de la part du mandant. Exagération de Pothier et des lois romaines.

262. § Moyens par lesquels se conserve la possession. La jouissance du fermier, de l'usufruitier, etc., conserve celle du maître.

263. On conserve la possession par l'intention; c'est en quoi la conservation de la possession diffère de l'acquisition. Mais, dans la lutte de deux possessions, la possession intentionnelle a moins d'avantages que la possession effective. Choses

sur lesquelles on ne peut exercer des actes de jouissance que par intervalle.

264. L'intention persévère, même pendant le sommeil et les éclipses de la raison. Il faut qu'une intention contraire vienne la détruire. Mais il y a cependant des cas où la possession est inutile quand elle ne gît que dans l'intention, et quand elle ne se manifeste pas par des actes extérieurs.

Les actes extérieurs destinés à conserver un droit acquis n'ont pas besoin d'être aussi nombreux que ceux qui ont pour but d'acquérir ce qu'on n'a pas.

Dissentiment avec la cour de cassation, qui pense que l'usage illégal d'une chose équivaut à un non usage.

265. La possession se continue de l'auteur à l'héritier.

266. Elle se continue même pendant la vacance de la succession.

267. L'héritier du fermier possède pour le maître, et lui conserve la possession, quand même il ne succéderait pas au bail.

268. Le fermier conserve la possession de son auteur, quand même il voudrait intervertir son titre.

269. L'héritier du fermier possède pour le maître, quand même il ignorerait que la chose est à autrui.

270. § De la perte de la possession. 1° Malgré soi. Enlèvement avec violence. Perte. Expulsion. Destruction de la chose. Transformation de l'objet.

271. 2° De la perte volontaire de la possession.

272. § De l'étendue de la possession. De la maxime : *Tantùm præscriptum quantùm possessum.*

273. Il n'est pas toujours facile de distinguer la portée des actes possessoires, et de savoir s'ils ont en vue la propriété même ou un de ses démembremens. Règles à suivre.

274. La possession d'une chose fait présumer la possession des accessoires. Distinctions des jurisconsultes romains rejetées.

275. De la possession d'un tout composé de corps distincts, comme un troupeau, un haras.

276. De la possession d'un héritage composé de plusieurs pièces acquises en temps différens.

277. Quand la possession est titrée, elle se règle par le titre. Limitations et explications. On peut posséder au-delà de son titre.

278. Quand on succède à un autre, la possession se règle par le titre du prédécesseur.

279. § Comment se prouve la possession? Preuve testimoniale. Preuves écrites.

280. Preuve de possession des droits incorporels.

281. § Coup-d'œil sur les actions possessoires, qui font maintenir la possession et le droit de propriété présumé, jusqu'à ce que le véritable propriétaire soit connu. Ces actions n'ont pas lieu pour les meubles.

282. Des interdits des Romains. Écrivains qui en ont traité : M. de Savigny; Menochius, jurisconsulte italien, que M. Proudhon compare plaisamment à Cujas. Combien la littérature du droit est arriérée en France.

283. Interdit *retinendæ possessionis*. Il se divisait en deux branches : l'interdit *uti possidetis*, l'interdit *utrubi*.

284. L'interdit *uti possidetis* n'exigeait pas une possession annale. Exceptions du défendeur de nature à le faire échouer.

285. Ses effets.

286. Interdit *utrubi*.

287. De l'interdit *recuperandæ possessionis*, ou de l'interdit *unde vi*.

288. Effet de cet interdit.

289. Quelles exceptions pouvaient le faire écarter.

290. Des actions possessoires en France. Dérivent-elles du droit romain ou des lois barbares? Erreur de Pithou et de M. Henrion de Pansey, qui les font descendre de la loi salique.

291. Préjugés historiques de M. Henrion.

292. Véritable sens du passage de la loi salique invoqué par Pithou et M. Henrion. Il traite d'une question de propriété et non d'une question de possession.

293. L'idée mère de nos actions possessoires vient des Romains; mais nous avons modifié leur droit.

294. État des actions possessoires du temps de Beaumanoir.

295. Nécessité d'avoir la saisine ou possession d'an et jour, pour la *complainte*. C'est une innovation du droit français.

296. Mais, pour la *réintégrande*, la possession d'an et jour n'était pas requise. C'était une mesure d'ordre public introduite pour prévenir les désordres : on la doit à saint Louis, sur le fondement du droit canonique.

297. Mais saint Louis exagérait ce droit. Jamais les papes n'ont condamné le fait du possesseur dépouillé qui use de violences pour expulser l'agresseur. Ils n'ont cessé de dire que celui qui demande sa réintégration doit être repoussé, s'il est prouvé qu'il a été spoliateur. Sens de la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus*.

298. De la procédure suivie du temps de saint Louis, en cas d'expulsion.

299. Changement opéré au quatorzième siècle. Fusion des deux interdits *recuperandæ et retinendæ possessionis* en un seul appelé *complainte*, en cas de saisine et nouvelleté.

300. Les coutumes confirment cette innovation. Soit qu'il y ait spoliation ou simple trouble, elles ne connaissent que la complainte.

301. Ordonnance de 1667. A côté de la complainte, elle parle de la réintégrande.

302. De là la question de savoir si, pour agir en réintégrande, il fallait avoir la possession d'an et jour au moment du trouble. Mais il faut répondre affirmativement; l'ordonnance n'ayant rien changé au droit ancien.

303. Auteurs qui se sont prononcés en ce sens.

304. Opinion mitoyenne proposée par Duparc Poullain et par M. Lanjuinais. Elle prouve que la jurisprudence française était bien loin de ce qu'elle était du temps de Beaumanoir et de saint Louis.

305. Le Code de procédure repousse toutes les distinctions : il ne fait aucune différence entre la complainte et la réintégrande, et il exige que, dans tous les cas, celui qui agit par la voie possessoire soit possesseur annal au moment du trouble.

306. Toutefois, malgré la clarté et la précision de l'article 23 du Code de procédure civile, M. Henrion veut faire revivre la réintégrande telle qu'elle était du temps de Beaumanoir, et il fait adopter son opinion par la cour de cassation. Elle est également suivie par MM. Duranton, Dalloz, Garnier et autres.

307. Mais cette erreur doit être écartée; elle est repoussée par le droit canonique, par le Code de procédure civile et par la raison.

308. Preuves.

309. Réfutation de l'arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1826.

310. M. Henrion et cet arrêt attachent au mot *réintégrande* un sens qu'il avait perdu depuis long-temps, lors de l'ordonnance de 1667 et de la promulgation du Code civil.

311. Suite.

312. Conclusion que la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus*, n'est pas applicable au propriétaire qui recouvre sa possession annale par voie de fait.

On ne doit pas non plus l'appliquer à celui qui, n'étant pas

possesseur annal, a chassé, avant l'an et jour, celui qui l'avait expulsé; car tout demandeur, soit en complainte, soit en réintégrande, doit prouver qu'il était possesseur annal.

313. De la *dénonciation de nouvel œuvre*. Droit romain.

314. Ancien droit français du temps de Bouteillier. On commence à la mêler avec la complainte.

315. Plus tard la procédure se perfectionne.

316. Tendance plus marquée à confondre la dénonciation de nouvel œuvre avec la complainte.

317. Quel est le caractère de la dénonciation de nouvel œuvre sous le Code civil et le Code de procédure civile, qui ne s'en occupent pas. Dissentiment avec MM. Henrion et Merlin, qui veulent que cette action soit exclusivement possessoire. Excès opposé de M. Carré.

318. Véritable état des choses.

1re *hypothèse*, où l'on suppose que les travaux sont commencés ou entrepris sur mon fonds. Alors mon action est possessoire; ce n'est qu'une complainte, quoiqu'on la qualifie réintégrande.

Mais je peux la porter au pétitoire (car il m'est permis de renoncer au possessoire), et obtenir une ordonnance du président jugeant sur référé, pour empêcher la continuation des travaux.

Je peux aussi faire une demande pétitoire, et conclure incidemment et par provision à la suspension des travaux.

319. Preuves que MM. Henrion et Merlin se trompent quand ils veulent que la dénonciation de nouvel œuvre soit toujours possessoire.

320. 2e *hypothèse*. Si les travaux sont entrepris sur l'héritage voisin, les solutions sont les mêmes.

321. Mais, en référé, ou sur le provisoire, on ne peut exiger que la suspension des travaux, et pas de démolition. Critique d'un arrêt de Rouen.

322. Suite.

323. Conclusion sur le caractère de la dénonciation de nouvel œuvre. Elle se lie tantôt à la propriété, tantôt à la possession; elle est tantôt pétitoire, tantôt possessoire.

324. Erreur de M. Dalloz, qui croit que c'est par le lieu où sont faits les travaux qu'on distingue la dénonciation de nouvel œuvre des actions possessoires ordinaires.

325. Mais la véritable différence gît dans le degré d'avancement des travaux, et non dans le lieu de leur édification.

326. Réfutation d'un arrêt de la cour de cassation sur lequel s'appuie M. Dalloz. Variations de cette cour. Il n'est pas vrai que, pour qu'il y ait lieu à la dénomination de nouvel œuvre, il faut que les travaux soient faits sur le fonds d'autrui.

327. La cour de cassation pense à tort que, lorsque le nouvel œuvre est terminé, il faut agir par la voie pétitoire. Les lois romaines qu'elle cite disent, au contraire, qu'on peut se pourvoir au possessoire.

328. Réponse à une objection tirée de ce que le système contraire à la cour de cassation donnerait au juge-de-paix des pouvoirs exorbitans. Le juge-de-paix n'a pas plus de pouvoir ici que dans les cas ordinaires. Du reste, nécessité pour le juge-de-paix d'user avec réserve du droit de faire détruire les travaux.

Observation finale sur une idée de M. Merlin, qui, tout en blâmant l'arrêt précité de la cour de cassation, sous le rapport des motifs, l'excuse en disant que, s'agissant d'une demande en dommages et intérêts, il y avait lieu de renvoyer au pétitoire.

329. *De la recréance.* Son caractère et ses effets.

330. Le juge du pétitoire peut l'adjuger. Dissentiment avec M. Poncet. Mais on ne peut la demander par action principale.

331. Caractères que doit avoir la possession pour triompher par le moyen des actions possessoires. *Nec vi, nec clam, nec precariò.* De plus, annale. Renvoi.

332. Mais les vices de la possession sont relatifs. Il suffit qu'ils n'existent pas à l'égard de l'adversaire.

333. On ne peut intenter l'action possessoire pour les choses imprescriptibles.

334. On ne peut cumuler le possessoire avec le pétitoire.

335. Renvoi pour beaucoup d'autres questions qui tiennent aux actions possessoires.

COMMENTAIRE.

217. La possession joue un grand rôle dans la matière des prescriptions; c'est par elle qu'on arrive à l'usucapion, ou autrement dit à la prescription à fin d'acquérir. C'est pourquoi le jurisconsulte Licinius Rufus disait : *Sine possessione, usucapi contingere non po-*

[illegible] (1). C'est par elle aussi, c'est en la [illegible], que le propriétaire interrompt la prescription qui court contre lui ; elle est tout à la fois l'élément de la prescription et le remède contre ses dangers. Le chapitre qui va nous occuper, et qui traite de la possession, est donc parfaitement à sa place dans le titre de la prescription. Les livres du droit romain s'en sont également occupés, en préparant les voies de l'usucapion (2).

218. La possession est définie par notre article, « la « *détention* ou *la jouissance* d'une chose ou d'un droit « que nous tenons ou exerçons par nous-mêmes, ou « par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom. » Cette définition est empruntée à Pothier (3); elle diffère de celle qui a été donnée par Domat (4), par Dunod (5) et par d'autres jurisconsultes; mais cette différence s'explique facilement par la différence du point de vue d'où l'on considère la prescription. Le Code la prend dans le sens le plus général et dans son élément le plus simple; il la considère à l'état de détention par soi ou par autrui, c'est-à-dire à ce premier degré qui a pour résultat de mettre l'individu en rapport avec la chose. Quant aux variétés de ce rapport, qui sont très-nombreuses, comme, par exemple, possession à titre de propriétaire; possession précaire, etc., le Code ne s'en occupe pas encore. Détient-on la chose? l'a-t-on en sa puissance de manière à s'en servir? en jouit-on personnellement ou par procureur? on possède dans

(1) L. 25, D. *de Usurpat. et usucap.*

(2) C'est la remarque de M. de Savigny, dans son savant *Traité de la Prescription*. *Voy.* le 41e liv. *des Pandectes;* l'usucapion vient après le titre *de Acquir. possessione;* et le liv. 7 du C. la possession, y est traitée après l'usucapion et la prescription de long temps.

(3) *De la Possession*, n° 2.

(4) Sect. 1, t. 7, liv. 3.

(5) P. 16.

le texte général de l'article 2228 ; peu importe l'esprit qui vous la fait détenir ou exploiter ; peu importe que ce soit ou non à titre de propriétaire. L'élément de toute possession est trouvé et consigné dans l'article 2228 ; ce n'est que dans les articles suivans que le législateur montrera les qualités sociales dont elle doit se revêtir à mesure qu'elle devient la source de droits particuliers. Domat, Dunod, au contraire, ont eu en vue la possession nécessaire pour prescrire, et c'est pour cela qu'ils lui donnent certaines qualités que nous ne trouvons pas mentionnées dans l'article 2228 ; mais le Code n'en est pas encore arrivé à ce point. Lorsqu'il en sera temps, il nous montrera la possession accompagnée de toutes ses conditions, et rien ne manquera aux notions qu'il nous donnera (1).

219. Pour bien saisir tous les progrès par lesquels passe la possession, et auxquels le Code nous fera successivement assister, il faut d'abord faire attention que la possession dont il va être question, n'est pas celle qui est jointe à un droit de propriété incontesté, et lui sert à la fois de signalement et de moyen de se réaliser ; c'est la possession considérée en elle-même lorsque, la propriété étant douteuse, disputée, on est forcé de recourir à la possession pour dissiper les incertitudes et expliquer les difficultés.

Insistons un moment sur cette idée ; elle est fondamentale dans le sujet qui va nous occuper.

La propriété, qui est de tous les droits peut-être le plus jaloux, n'est pas condamnée à vivre dans la région des abstractions ; elle se traduit en actes de jouissance ; elle se manifeste par des faits extérieurs. Ces actes et ces faits constituent la possession. La propriété est le droit, la possession est le fait ; c'est le droit

(1) Voy. infrà les art. 2229 et suiv.

passé à l'état d'activité, et se réalisant dans sa sphère, par des actes sensibles (1).

220. Les jurisconsultes qui ne croient pas à la légitimité native du droit de propriété, et qui en font une concession de droit civil, se sont livrés aux déclamations les plus fausses sur la possession. A les entendre, la possession a précédé la propriété, et, tandis que ce dernier droit est de création purement factice, la possession va chercher ses titres de noblesse jusque dans le berceau de la nature humaine. Ces assertions, quoique rejetées partout (2), n'en sont pas moins un démenti donné à la vérité, à l'observation et à l'histoire. Aussitôt qu'il y a eu des hommes, il y a eu des propriétaires; partout où l'humanité a été placée par la main de Dieu, on y trouve des propriétés reconnues et consacrées : tandis que jamais, depuis qu'on explore le monde, il n'est arrivé de rencontrer un peuple à cet état fabuleux où la possession est tout, et où la propriété est inconnue et écartée comme un raffinement des institutions civiles perfectionnées.

Pourquoi cet accord de toutes les nations barbares ou civilisées? C'est qu'il n'est pas vrai que la possession ait historiquement une existence antérieure à la propriété; c'est qu'au contraire la séparation de la possession d'avec la propriété est une conception des peuples avancés dans les notions d'état et de jurisprudence.

221. L'homme est éminemment doué de la faculté d'appropriation; né pour le besoin, mais aussi pour le travail, il a été doté par la nature d'une organisation privilégiée, qui lui permet d'agir sur la matière et de la remanier pour son usage. Quand il emploie sur la-

(1) *Infrà*, n° 237, je reviens sur cette idée, en la fortifiant par des raisonnemens nouveaux.

(2) Sur le fondement de la loi 1, § 1, D. *de acq. possess.*

dustrie pour la dompter, son intelligence lui dit qu'il y dépose une partie de lui-même, et sa liberté lui enseigne que nul ne pourra la lui ravir. Mais croit-il qu'il travaille exclusivement pour l'instant présent? Non! une pensée d'avenir le soutient et l'encourage; il sait que ce qu'il s'est approprié une fois lui appartient pour toujours, et que son droit survit au fait de la possession actuelle; il le sait sans que personne le lui ait dit; il le sait, parce que c'est là une de ces vérités innées qui sont à la portée de l'enfant comme à la portée de l'homme. Mettez un objet entre les mains d'un enfant, et essayez ensuite de lui faire comprendre qu'il ne doit pas le garder toujours, et qu'il n'est à lui que pendant qu'il le possède : vous verrez que l'idée de possession précaire, de jouissance momentanée, est lente à entrer dans sa jeune intelligence, et qu'elle est étouffée par celle de propriété, par l'idée du mien, qui est la première à se développer, et qui, dans ses convictions instinctives, se prolonge au-delà de la détention actuelle qu'il a eue de cet objet.

Rien n'est donc plus vrai, plus conforme à l'observation, que de dire que l'homme porte en lui conscience que, dès l'instant qu'il a touché une chose qui n'appartient à personne, elle devient sienne, non pas actuellement, mais à perpétuité. Loin que ce soit là une idée factice et d'institution civile, c'est, au contraire, un sentiment spontané, et tellement vif et ardent que les lois civiles sont bien plus souvent obligées de tempérer ses exagérations, que de l'exalter par leurs dispositions.

Je me promène sur le bord de la mer, et j'y trouve une branche de corail que les flots y ont jetée. Au moment où je la ramasse, elle m'appartient comme *res nullius*; elle entre dans mon domaine, et la propriété commence avec la possession; l'une et l'autre sont contemporaines.

Je me présente sur une plage déserte, et je trace un sillon pour fixer la limite de la terre vacante sur laquelle j'entends m'établir. Aussitôt je puis dire : *Ceci est à moi*. La propriété est assise sur ma tête ; l'occupation et la propriété ont eu une existence simultanée, et tous les actes de possession que je ferai plus tard ne seront que la conséquence de cette appropriation.

122. Il y a dans le droit, comme dans la philosophie et la morale, un matérialisme désolant qui dégrade tout ce que l'humanité a de noble et de généreux. Soutenir qu'il y a eu un temps où la possession a eu seule existence sans la propriété, c'est, soit qu'on le veuille ou non, une conséquence de ce triste système; c'est rabaisser l'homme jusqu'à l'animal, qui végète sans idée d'avenir et de droit, et qui passe sans laisser de souvenirs sur le lieu qu'il vient de quitter. Je sais bien qu'aucune école ne veut avouer hautement cette assimilation insultante pour l'humanité; mais n'importe! elle est nécessairement dans le système auquel je m'adresse, et ceux qui la repoussent sans abjurer le point de départ dont elle est la conséquence forcée tournent dans un cercle vicieux; ils raisonnent à rebours de la logique. Voulez-vous que la possession soit une série d'actes matériels n'ayant aucune liaison à une cause juridique? voulez-vous qu'une telle possession ait été l'état normal de l'homme avant l'invention de la propriété, c'est-à-dire avant qu'une loi promulguée n'ait attaché un sens légal à ces actes, et ne leur ait donné une moralité civile? tout en flétrissant cette théorie comme un outrage à la nature humaine, qui n'a pas besoin de lois pour avoir une morale, je la comprendrai cependant; elle sera l'œuvre d'un système conséquent, quoique absurde. Mais, si vous consentez à voir dans la possession des faits produits par une cause des actes appuyés sur un droit, je ne comprends plus que

vous donniez à la possession une date antérieure à la propriété. Car la propriété n'est autre chose que le droit d'où découlent ces faits et ces actes, et la possession n'est que la manifestation de son existence. En un mot, la possession exercée *animo domini* sur un objet qu'on a l'intention d'occuper et qui n'appartient à personne, est aussi inséparable de l'idée de propriété que le relatif l'est de l'absolu. Rien au monde ne peut empêcher l'homme de placer l'absolu au-dessus de faits contingens destinés à se reproduire en vertu de la même cause.

Nous disons donc que c'est un mensonge ou une confusion d'idées que de prétendre qu'*a priori*, la propriété est née de la possession, et que celle-ci est antérieure à celle-là. La possession n'est que la déclaration, la promulgation aux yeux de tous, du droit de propriété; elle conserve la propriété, elle la rend utile, elle la met en action; mais elle n'est que le fait par lequel le droit se déclare. Le droit est plus haut, il est dans la propriété.

223. Ceci posé, il est clair qu'en thèse générale, et lorsque le droit est d'accord avec le fait, la possession n'est pas séparée de la propriété, ou si, par un effet de sa volonté, le propriétaire consent à céder la possession à un tiers, comme dans le cas de louage, d'antichrèse, ce démembrement ne brise pas le lien qui unit le droit au fait : le maître est censé jouir de la chose par son fermier. Il y a là adhésion de la possession à la propriété.

224. Mais la propriété est un droit souvent obscur. Il peut arriver qu'elle soit contestée par plusieurs personnes qui allèguent respectivement des prétentions également plausibles. Pour les mettre d'accord, il faut consulter des titres contraires, aborder de hautes et difficiles questions, passer par des controverses longues et embarrassées. En attendant, que deviendra la posses-

sion? Demeurera-t-elle vacante? mais il est de l'intérêt public que les terres soient cultivées et que les immeubles ne restent pas improductifs (1). La laissera-t-on en suspens? mais elle excite tant de convoitise dans le cœur de l'homme, que les parties pourront se laisser aller à des violences, et même à l'effusion du sang, pour se l'arracher. Il faut donc qu'un parti soit pris sur la possession, jusqu'au moment où la propriété sera adjugée en définitive. De là, la nécessité de considérer la possession, abstraction faite de la propriété qui est inconnue et disputée; de là, l'interposition de la loi civile pour faire un sort à la possession, en attendant que le sort de la propriété soit arrêté. C'est ici qu'on peut dire avec Ulpien : *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (2). Cette séparation, dictée par des motifs d'ordre public, m'autorisait donc à dire tout à l'heure qu'elle ne trouvait sa place que chez les peuples qui ont déjà une législation prévoyante et avancée. Loin d'être un état normal, elle n'est qu'un remède temporaire appliqué à une blessure faite au droit de propriété.

225. Maintenant, voyons de quel point de vue le législateur a envisagé cette possession qu'il s'agit de régulariser.

Une idée qui le domine, alors même que les questions se rattachant à la propriété sont ajournées, *c'est que la possession est l'attribut de la propriété*. La pensée de la propriété le poursuit; il ne peut détacher la possession de cette cause qui la légitime, et il semble

(1) Nous disons les terres, les immeubles, car ces observations ont trait spécialement aux immeubles. Quant aux meubles, il en est autrement : la possession se règle par l'occupation, et, pour faire cesser l'occupation, il faut prouver la propriété. *Infrà*, n° 281.

(2) L. 12, § 1, D. *de Acq. possess.*

dire avec Dioclétien : *Etsi proprietas a possessione separari non possit* (1).

Aussi que fait-il ? Comme la possession est le signe de la propriété (2), il en conclut que le possesseur est censé propriétaire jusqu'à ce que le contraire soit démontré. Il veut que, jusqu'à nouvel ordre, la possession fasse supposer la propriété ; il pose une présomption pour lier la possession à la propriété : tant il est vrai qu'à ses yeux la possession n'est rien si elle ne se légitime pas par son union avec un droit supérieur !

226. Mais un seul jour de possession ne suffit pas pour élever à son plus haut degré la présomption dont nous parlons. Sans doute, une possession qui n'est que d'hier, et qui ne supplée pas par un titre à ce qui lui manque sous le rapport de la durée, n'est pas pour cela considérée comme étant de plein droit violente et illégitime : il est des cas où la loi lui donne quelques effets (3). Entre un demandeur qui ne justifie pas sa prétention et le défendeur qui possède, elle n'hésite pas à se prononcer en faveur de ce dernier, qui, plus que l'autre, peut colorer sa position d'une apparence de droit ; mais, à part cette hypothèse, la possession sans titre et sans durée n'a pas droit à être protégée, et, s'il arrive qu'elle se perde, la loi ne vient pas au secours du possesseur expulsé ; elle considère la détention qui lui a échappé comme un pur fait (4) auquel elle ne rattache pas de présomption favorable de propriété (5) : elle ne fait rien pour la rétablir.

(1) L. 8, C. *de Acq. possessione.*

(2) *Suprà*, nos 219 et 222.

(3) *Infrà*, no 229.

(4) C'est surtout ici qu'on est fondé à dire avec Paul : *Possessionem rem facti, non juris, esse* (l. 1, 19, D. *de Acq. possess. Junge* Papinien, l. 19, D. *Ex quibus causis.*

(5) *Infrà*, 229, 237, 312.

Mais, si une année s'est écoulée et que la possession ait été paisible, publique, continue et à titre de propriétaire, il en est tout autrement. Dans l'absence du droit de propriété, qui est ignoré, la possession en prend les couleurs, et la loi suppose que celui qui a cultivé, recueilli les fruits, joui de la chose pendant une année entière, n'aurait pas agi ainsi s'il n'eût été propriétaire. Une présomption de propriété s'attache donc à sa durée et aux qualités qui la distinguent. Le possesseur annal de l'immeuble (1) a ce que nous appelons, en droit français, la *saisine*, c'est-à-dire, qu'il est saisi ou présumé saisi de la propriété. De là cette maxime de notre ancien droit, rappelée par Jean Desmares : *Saisine et possession gaignée par tenure paisible, après an et jour, trait à soy et gaigne la propriété de le héritage.*

Aussi, la possession annale est-elle considérée dans le droit comme une position privilégiée que la loi ne permet pas d'enlever à celui qui en est investi (3); elle est protégée par les actions possessoires de complainte, réintégrande et dénonciation de nouvel œuvre, dont nous parlerons bientôt (4), et qui sont destinées à conserver au possesseur annal de l'immeuble le bénéfice de la présomption si précieuse qui le fait considérer comme propriétaire, jusqu'à preuve contraire (5).

---

(1) Ceci, en effet, ne s'applique pas aux meubles. *Suprà*, n° 224, note, et *infrà*, n° 281.

(2) N° 413.

(3) *Voy.* l'exception, *infrà*, n° 249.

(4) *Infrà*; n°s 281, 282 et suiv.

(5) La cour de Caen avait demandé que le Code civil proclamât les droits de la possession annale. Voici ses observations; elles me paraissent très-justes : « On n'a point parlé de la possession par an et jour d'un « immeuble et de ses effets; elle appartient cependant au droit civil, « parce qu'elle constitue un droit réel dans le possesseur, qui doit être « provisoirement maintenu. Ce droit était consacré par plusieurs cou- « tumes, et notamment par les art. 96, 97, 98, de la coutume de Paris

227. Est-ce tout? Non, sans doute. Dix ans s'écoulent, et la possession continue à être paisible, continue, certaine, et à titre de propriétaire. Si à ces conditions, le possesseur en joint deux autres, savoir, un juste titre et la bonne foi, il deviendra non plus propriétaire présumé, mais propriétaire exclusif et incommutable. La présomption créée ici par la loi ne sera pas une présomption *juris*, susceptible d'être détruite par la preuve contraire : ce sera une présomption d'abandon de la propriété par l'ancien propriétaire, présomption appelée par les docteurs *juris et de jure*, et qui résistera à toutes les preuves qu'on lui opposera.

Que si le juste titre et la bonne foi manquent au possesseur, mais qu'il y supplée par une possession continuée pendant trente ans, la propriété sera à lui avec tous ses attributs; la possession se convertira, par l'effet d'une présomption *juris et de jure* pareille à la précédente, en un droit inviolable et sacré.

On voit que c'est toujours vers la propriété que convergent les pensées du législateur : à son premier degré, la possession n'est protégée par des actions que parce qu'elle est la propriété présumée jusqu'à nouvel ordre ; à son second degré, elle ne devient inaltérable et invincible que parce qu'elle est assimilée à la propriété même.

228. Là ne s'arrêtent pas encore tous les effets que

« Les formes de procès sur cette action appartiennent, il est vrai, au « Code judiciaire; mais le fond du droit tient essentiellement à la « manière d'acquérir et de conserver les biens. En effet, *celui qui a « cette possession ne peut plus être évincé que par un titre;* il importe « donc de faire un article de loi qui règle les effets de cette possession; « cela est d'autant plus nécessaire que l'ordonnance de 1667 « n'est pas en vigueur dans toutes les parties de la République.

« . . . Celui qui possède par an et jour, quoique sans titre, est réputé « *provisoirement propriétaire*... C'est une vérité écrite partout. » (Fenet, t. 3, p. 459 et 460.)

la loi attache à la possession; un interprète du droit romain en compte jusqu'à cent soixante-douze, pour justifier la fameuse maxime : *Beati possidentes*. Sans aller aussi loin, il en est plusieurs que nous allons rappeler, parce qu'ils sont incontestables.

1° Celui qui possède de bonne foi et en vertu d'un titre translatif de propriété fait les fruits siens (1). Quelle en est la raison? C'est que, jusqu'au moment où la propriété lui a été contestée, la loi l'a considéré comme propriétaire. A la vérité, il a été reconnu depuis que ce n'était, de sa part et de la part de la loi, qu'une erreur; mais il n'est pas moins certain que, tant que la présomption a duré et que le véritable propriétaire n'a pas élevé la voix, c'est lui qui a été le propriétaire putatif. Or, les réclamations de son rival ne sauraient avoir d'effet rétroactif sur une position toute de bonne foi. Elles ne peuvent effacer des actes consommés, des jouissances acquises sans fraude; elles ne peuvent agir que sur l'avenir.

On voit donc que la possession n'a de force, ici comme dans les hypothèses précédemment examinées, que par son assimilation à la propriété (2).

229. 2° Lorsqu'un débat s'engage sur la propriété d'une chose, et que le demandeur en désistement ne prouve pas qu'elle lui appartient, le possesseur gagne son procès, sans être obligé de prouver d'où lui vient sa possession, ni combien de temps elle a duré. *In pari causâ, melior est causa possidentis* (3). Le deman-

---

(1) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 4. Donnellus, *Com.*, lib. 4, cap. 25 et 26. Fachin, lib. 1, cap. 57 et 58. Grotius, *de Jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 8, art. 549. C. civ., et l. 48, D. *de Acq. rer. dom.*

(2) C'est ce qu'a très-bien aperçu M. de Savigny. *Voy.* M. Lerminier, dans son analyse de l'ouvrage de M. de Savigny, intitulée : *de Possessione analyticâ, savignaneæ doctrinæ expositio*, p. 4, n° 3.

(3) Paul, l. 128, D. *de Reg. juris.* Ulpien, l. 126, § 2, D. même titre. Caïus, l. 24, D. *de Rei vindicat. Inst.*, § 4, *de Interdictis.*

deur devait établir les fondemens de sa demande; comme il n'y réussit pas, le défendeur est présumé propriétaire. C'est là, sans aucun doute, un des avantages de la possession, qui, comme le dit notre vieux Boutillier, *est de grande dignité au procès*. S'il n'eût pas eu la possession, il eût été obligé de prendre l'initiative, et peut-être eût-il succombé dans son attaque. Mais il possède; il doit à la possession le rôle de défendeur; c'est elle qui lui vaut l'application de la maxime: *Actore non probante, reus absolvitur*. Toutefois, il n'est pas moins évident que ce n'est pas ici un effet juridique que la possession tire de sa propre énergie: pour le procurer au possesseur, elle est obligée de l'emprunter au droit commun, aux règles générales, qui absolvent le défendeur quand le demandeur échoue dans sa prétention (1). Car, pensons-y bien! ce n'est pas exprès pour la possession qu'a été faite la maxime: *Actore non probante, reus absolvitur*; elle est un de ces lieux communs qui trouvent place dans tous les procès, dans ceux-là même où il n'y a pas de possession à prendre en considération (2).

230. 3° Le possesseur de bonne foi qui vient à perdre la possession de la chose a l'action publicienne, analogue à l'action de revendication (3), pour obtenir d'être rétabli dans la jouissance de cette chose détenue par un possesseur dont le titre est moins coloré que le sien. On suppose que le possesseur a une propriété appelée, en droit romain, publicienne, c'est-à-dire une quasi-propriété, une propriété présumée, qui doit prévaloir tant que la vraie propriété n'est pas reconnue (4).

---

(1) M. de Savigny, et, d'après lui, M. Lerminier, p. 4, n° 4.
(2) Par exemple, quand le créancier ne prouve pas contre le débiteur.
(3) *Voy*. mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, p. 381, n° 225.
(4) M. de Savigny et M. Lerminier, p. 3 et 4, n° 2.

231. Voilà les principaux effets de la possession (1). On voit qu'excepté celui qui fait l'objet du numéro 200, et qui s'explique par des motifs particuliers, le législateur les fait tous dériver d'une présomption de propriété, destinée à remplacer la vérité sur le fond du droit qui est ignoré. C'est là un point qui, dans la jurisprudence française, me paraît hors de toute controverse. Peut-être n'en était-il pas ainsi dans le droit romain. M. de Savigny, qui, de tous les écrivains, est celui qui a le plus profondément pénétré dans cette matière, soutient que les interdits possessoires n'étaient pas, à Rome, l'effet d'une présomption de propriété (2). Il n'accorde l'assimilation de la possession à la propriété que pour les cas énumérés aux numéros 228 et suivans; aussi met-il avec raison les effets juridiques dont nous avons parlé dans les endroits préallégués, plutôt sur le compte de la propriété que sur le compte de la possession (3). Mais,

---

(1) Quant au droit de rétention, il n'émane pas de la possession (mon Comm. des *Hypothèques*, t. 1, p. 378); il n'est qu'une exception contre le débiteur de mauvaise foi qui réclame la chose sans remplir ses obligations. Il est si peu fondé sur la possession que, si le créancier vient à perdre cette qualité, le droit de rétention lui échappe, quoiqu'il reste possesseur (M. de Savigny, *loc. cit.*, et M. Blondeau, *Chrest.*, p. 266).

(2) *Voy.* l'analyse de M. Lerminier, p. 110.

(3) M. Blondeau lui en fait un reproche (*Chrest.*, p. 265); mais a-t-il parfaitement saisi l'idée de M. de Savigny? On pourrait en douter. Le plan de M. de Savigny est de ne considérer la possession que dans ce qu'elle a de tout-à-fait séparé de la propriété; or, il ne trouve cette séparation complète que dans l'usucapion et les interdits : voilà pourquoi il n'admet que l'usucapion et les interdits comme effets juridiques de la possession pure et simple. Quant aux autres effets, comme ils se rattachent à la possession, présumée propriété, il dit avec raison, suivant moi, que c'est moins de la possession considérée comme droit abstrait qu'ils émanent, que de la propriété qui est présumée s'attacher à elle; bien entendu que, sans la possession, les effets n'existeraient pas. Mais, encore une fois, la possession n'est pas à leur égard un droit ayant une vertu qui lui soit propre; sa vertu, elle l'emprunte à la propriété.

à l'égard des interdits, il veut qu'aucune idée de propriété ne se mêle à ces actions du droit romain; il ne voit là qu'un effet de la possession, considérée en elle-même, dans sa propre énergie, et sans aucune présomption de propriété provisoire. Quant à moi, je ne veux pas discuter ce point, assez obscur, des antiquités romaines : je craindrais de n'y trouver que des abîmes pour la science la plus exacte. Je me contenterai de faire remarquer que dans le droit français il en est autrement, et qu'il n'est pas un seul auteur, ancien ou moderne, qui n'enseigne que notre possession annale (inconnue du reste des Romains, comme nous le verrons *infrà*) (1) est, pour le possesseur, la source d'une présomption de propriété qui le dispense de toute preuve, jusqu'à ce que le contraire apparaisse clairement. C'est là une base qu'il ne faut jamais perdre de vue, pour ne pas s'égarer en comparant notre système de la possession avec celui des Romains.

232. On sait maintenant quelle est la raison pour laquelle le droit français en général, et le Code civil en particulier, dans le titre que nous examinons, considèrent la possession comme distincte de la propriété. C'est, je le répète, que, la propriété se trouvant dans certains cas obscure et inconnue, la possession est invoquée comme un indice pour la retrouver. Mais, partout où la possession est créatrice de droits, c'est par une présomption de propriété qu'elle a cette vertu, et les actions possessoires n'ont pas d'autre but que de conserver au possesseur l'avantage de cette présomption.

En était-il de même chez les Romains? Leurs interdits possessoires avaient-ils pour origine, comme chez nous, la nécessité de régler la possession pendant la suspension du droit de propriété? La question est

(1) Nos 237, 238 et 295.

controversée. Beaucoup d'auteurs pensent que l'interdit *uti possidetis* ne fut établi d'abord que comme une sorte d'arrangement préparatoire, pour l'action *in rem* (1); mais M. Niebuhr, dans sa fameuse *Histoire romaine* (2), a ouvert là dessus une opinion neuve, comme toutes celles qui distinguent cette création hardie. Suivant lui, il y avait, à Rome, deux espèces de propriétés, extrêmement différentes l'une de l'autre: l'*ager publicus* et l'*ager privatus*. Les citoyens romains avaient le domaine de l'*ager privatus*, de la propriété privée, et ils pouvaient user et abuser dans les limites du droit civil. Quant à l'*ager publicus*, les citoyens romains à qui il était concédé n'en avaient que la possession et le simple usage; le domaine en restait à la république, avec un droit de retrait. Or, pour garantir cette possession et cet usage, il avait fallu des lois et une procédure spéciale. Eh bien! les interdits n'étaient pas autre chose que le moyen de protéger la jouissance de l'*ager publicus* dans les mains des détenteurs, toujours appelés possesseurs par les jurisconsultes, les publicistes et les historiens romains (3). Ainsi, l'*ager privatus* était protégé par l'action *rei vindicatione*; l'*ager publicus*, par un remède juridique, qui probablement n'était que les interdits.

Plus tard, à une époque que nous ignorons, il s'opéra une confusion entre ces différentes propriétés; mais la procédure resta, quoique la chose eût disparu.

---

(1) M. Duroi, *Nouvelles observations sur l'action* IN REM (voy. *Thémis*; t. 1, et t. 9, p. 34), et M. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 274, note (1). *Infrà*, n° 282.

(2) T. 2, p. 370 de l'édition allemande.

(3) Cic., *de Officiis*, lib. 2, cap. 22. *Adversùs Rullum*, lib. 3, cap. 3. Tite-Live, liv. 2, ch. 61; liv. 4, ch. 36, 51, 53; liv. 6, ch. 5, 15, 35. Florus, liv. 3, ch. 13. Paul, L. 11, D. *de Evict.* Columelle, liv. 1, ch. 3. Pline l'ancien, liv. 18, ch. 3. Valère-Maxime, liv. 8, ch. 3, etc., etc.

Elle passa de la propriété publique à la propriété privée, et servit à en protéger la possession.

Telle est l'explication ingénieuse de M. Niebuhr. Il faut avoir sa hardiesse, pour oser croire qu'on a trouvé plus que des conjectures dans ce labyrinthe obscur des antiquités romaines.

Quoi qu'il en soit, le droit français, dont nous avons à nous occuper spécialement, repose sur des bases plus certaines; et le caractère et les effets de la possession s'y dessinent trop nettement pour donner lieu à des recherches aussi aventureuses. Les débats judiciaires sur la possession n'y sont que l'avant-scène de la revendication; leur but est de maintenir ce qui est, au moyen des actions possessoires, dont nous parlerons plus tard, et qui n'ont été accordées qu'en faveur du *statu quo*, et pour prévenir des rixes sanglantes. Sans doute, nous disons aussi, comme les Romains : *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (1). Mais c'est pour empêcher qu'on ne cumule le possessoire avec le pétitoire; c'est pour expliquer que la possession doit être réglée et adjugée, quoique la propriété ne le soit pas encore; c'est pour exprimer cette idée, que la possession, qui est plutôt de fait que de droit (2), doit être considérée exclusivement dans les faits par lesquels elle s'est manifestée dans l'année, et non pas du point de vue des titres et des questions de droit qui détermineront le sort, encore incertain, de la propriété. Mais il n'en est pas moins vrai que la possession ne produit pas un seul effet qu'elle ne l'emprunte à la propriété, dont elle revêt provisoirement le manteau, quand elle est annale, et qu'elle remplace définitivement, quand elle est décennale (3) ou trentenaire.

(1) Ulp., l. 12, § 1, D. *de Possessione*.

(2) *Voy.* au nº suivant.

(3) Avec titre et bonne foi, s'entend.

233. Je viens de dire que la possession est plutôt de fait que de droit. Il est temps d'expliquer cette pensée.

La possession est-elle un droit? ou bien n'est-elle qu'un simple fait? C'est une question vivement agitée dans les écoles, et qui partage les esprits. Les jurisconsultes romains l'ont fait naître par leurs apparentes contradictions. Paul disait: *Possessionem enim rem facti, non juris esse* (1). On lit dans ce qui nous reste des écrits de Papinien: *Possessio autem plurimi facti habet* (2). Et toutefois c'est Papinien qui a donné cette maxime: *Possessio plurimùm ex jure mutuatur* (3), et qui a dit: *Possessionem non tantùm corporis, sed juris esse* (4).

On a cherché à concilier ces propositions diverses. Voici comment Cuperus (5) y a réussi: *In facto, possessio consistit quotiès in foro possessor esse statuitur, qui corpore rem detinet cum animo sibi habendi; aut non statuitur, qui vel corpore rem non detinet, vel animum possidendi non habet. In jure autem, consistere cœpit quotiès in foro possidere fingitur, qui vel corpore rem non detinet, vel animum possidendi non habet; aut contrà possidere negatur, qui reverà et corpore rem detinet, et animum possidendi habet. — Sive, ut aliis verbis idem dicam, res facti possessio mansit quatenùs pro possessore habetur is cui naturalia possessionis requisita prestò sint; non habetur cui ea prestò non sint. Plurimùm autem est ex jure mutuata, quatenùs lex suâ potestate vel deficientia supplet naturalia possessionis requisita, vel contrà deficere ea fingit ubi non deficiunt.*

(1) L. 1, § 3, D. *de Possess.*
(2) L. 19, D. *Ex quib. causis.*
(3) L. 49, D. *de Possess.*
(4) L. 49, § 1, D. *de Aq. possess.*
(5) *Observat. selectæ de naturâ possessionis*, cap. 8, p. 10.

Ainsi, suivant cet auteur, la possession reste une chose de fait quand celui qui la détient jouit de la chose corporellement et avec intention; elle devient chose de droit quand la loi feint en sa faveur l'existence de quelques conditions qui lui manquent naturellement, comme, par exemple, quand, ne jouissant pas corporellement, la loi le considère cependant comme continuant à être possesseur. C'est alors qu'elle emprunte quelque chose à la force de la loi : *Plurimùm ex jure mutuatur.*

J'admets l'explication comme vraie; mais qu'en résulte-t-il? Que la possession est un fait, et non un droit; qu'elle emprunte bien, dans certaines circonstances, à la loi la fiction de quelques conditions dont elle est naturellement dépourvue, mais que ces fictions sont introduites pour égaler la possession ainsi aidée par la loi, à la possession revêtue de tous ses attributs naturels. Or, si la possession pleine, entière, réalisée à la fois par le contact matériel de la chose et par l'intention, est un pur fait, il est clair que la possession complétée par la fiction de la loi ne sera pas autre chose : il y aura en elle, si l'on veut, du droit; mais elle ne sera pas un droit.

234. D'autres ont cru qu'il y a un droit de possession, comme un droit d'usufruit, de servitude, et ils l'ont défini : *jus rei corporalis insistendi* (1). Grotius s'en exprime ainsi : *Jus* POSSIDENDI *est quod ex possessione sequitur... Jus indè oriundum est quod quisque rem a se possessam detinere et sibi eripere volenti resistere possit, et quod in possessione maneat donec alius rem evincat jure* (2). M. Blondeau croit,

---

(1) Bachovius, cité par Huberus. *Inst., de Interd.*, n° 2, p. 449, 450. En effet, Papinien dit, dans la loi 44, *de Acq. possess.* : JUS POSSESSIONIS.

(2) *Manud. jurispr. Holland.*, lib. 2, cap. 2, *in proem.*, et § 8.

chez les modernes, à l'existence de ce droit de possession. Il le définit ainsi : « Le *droit de possession* consiste essentiellement dans le droit d'occuper exclusivement la chose tant qu'un autre individu ne prouve pas que la chose lui appartient, et ce droit est indirectement établi chez les Romains, tant par les dispositions qui accordent au possesseur les *interdits* et les actions *publicienne* et de *vol*, que par celles qui le dispensent de prouver comment il a acquis la chose, tant que son adversaire ne prouve pas qu'elle lui a appartenu. »

Puis recherchant quelle est la nature de ce droit, il ajoute : « Nous apercevons tout de suite qu'il présente tous les caractères d'un *droit absolu* (1). C'est un droit *adversùs omnes*. Ce n'est point le corrélatif d'*une obligation*, c'est-à-dire d'un devoir pesant exclusivement sur tel ou tel individu (2). »

Cette opinion est chez nous la plus répandue ; elle est enseignée par MM. Poncet (3) et Duranton (4); on la trouve dans tous les livres et dans tous les arrêts (5) ; Domat, guide assez ordinaire de nos auteurs modernes, en est le partisan (6).

235. D'autres jurisconsultes, tout en consentant à reconnaître un droit de possession, ont refusé de le classer parmi les droits réels (*jus in re*) ou personnels (*jus ad rem*). De ce nombre est Huberus (7) ; son opinion a exercé une si grande influence sur les esprits, que je crois utile de la retracer :

---

(1) Ou *droit réel*.

(2) *Chrestomathie*, p. 267.

(3) *Des Actions*, p. 91.

(4) T. 4, p. 195, n° 245.

(5) *Voy.* un arrêt de cassat. du 28 décembre 1826 (Dall., 27, 1, 107).

(6) *Lois civiles*, liv. 3, t. 7, p. 259.

(7) Sur les *Institutes* de Just., *de Interdictis*, p. 449.

Jus in re, ex consensu omnium, ità descriptum est, quod rem afficiat, rem devictam teneat, ubicunque et penès quamcunque personam sit. EJUS AUTEM NATURÆ NON EST JUS POSSESSIONIS; *sed hoc, ubi res mihi erepta est, perit confestìm* (1). JUS POSSESSIONIS EST MOMENTANEUM (2).

« Du consentement de tout le monde, le *jus in re* est un droit qui affecte la chose et la suit en quelque main qu'elle passe. Le droit de possession n'a pas cette nature : il périt dès que la chose est enlevée au possesseur; il est momentané. »

Quid? jus in re constitutum et stabilitum, statìm atque res mihi subrepta vel deperdita erit, extinguetur? Imò; tum maximè ex quolibet jure in re, contra quemlibet datur actio in rem ad id quod amissum est, repetendum. Sed ex jure possessionis nunquid actio in rem proficiscitur, quâ rem amissam, subreptam a quovis possidente repetamus? Contrarium Paulus testatur, in lege 7, D. DE VI ET DE VI ARMATA (3). *Atque hæc secunda et invicta ratio est.*

« Quoi donc! le *jus in re* sera-t-il éteint parce qu'on m'aura enlevé la chose? Point du tout; car c'est alors que je pourrai agir contre tous les tiers quelconques pour la recouvrer. Mais le droit de possession engendre-t-il un action *in rem* pour recouvrer contre des tiers-possesseurs la possession qu'on a perdue? La négative est déclarée par Paul, et c'est là une seconde raison contre laquelle il n'y a pas de réponse. »

---

(1) Et il cite les lois 15, D. *de Acq. possess.*, et 5, *de Usurpat.*, qui correspondent à l'art. 2243 du C. civ.

(2) L. 3, C. *Qui legitim. person.*

(3) Voici cette loi : *Quum a te vi dejectus sim, si Titius eamdem rem possidere cœperet, non possum cum alio quàm tecum interdicto experiri.*

Mais le droit canonique a changé cette jurisprudence; liv. 2, t. 13, *Decret. Gregor.*, cap. 18.

...*Jus in re et quod ad rem vocatur judicia pariunt petitoria, quæ perpetuò opponuntur his quæ ex jure possessionis oriuntur.*

« Le *jus in re* et le *jus ad rem* engendrent des actions pétitoires, et ces actions pétitoires sont si éloignées des actions possessoires qu'il est perpétuellement défendu de cumuler le pétitoire avec le possessoire. »

Erit fortè qui dilemma torquebit : jus possessionis ad rem erit vel in re. Sed jam dixi possessoria judicia, ut petitoriis opponuntur, ità fundamentum quoque possessorium discrepat a causis petitoriis. Petitoria nascuntur ex jure in re vel ad rem. Possessoria, quia opponuntur illis, non possunt habere easdem causas. Possessio igitur vel jus possessionis neque in re, neque planè ad rem est.

On me fera peut-être ce dilemme : de deux choses l'une, ou le droit de possession est *jus in re*, ou il est *jus ad rem*. Or, d'après votre doctrine, de même que les jugemens possessoires sont opposés aux jugemens pétitoires, de même la cause du possessoire est toute différente de la cause du pétitoire. Le pétitoire naît du *jus in re* ou du *jus ad rem*; et, comme le possessoire leur est opposé, il ne peut être rapporté à la même cause : d'où il suit que le droit de possession n'est ni *jus in re*, ni *jus ad rem* ! ! Quel sera-t-il donc, puisqu'il est un droit? »

Non sumus solliciti ne non divisio parum plena videatur, si quod jus exstat ab utrâque illâ specie diversum; duntaxat enim, docendi causâ, hæc divisio ab interpretibus ex jure pontificio adoptata est, ut alias diximus. Non quæritur in interdictis quo jure res teneatur, non de jure in re constituto, vel de jure ad rem consequendam, sed de facto, quis rem teneat? Possidenti id lex tribuit, ut retineat rem donec de jure in eâ re vel ad rem constet. Ergo possessio tale

jus non est. Sit possessionis aliquod jus; nihil hoc aliud est quàm facultas a lege homini circà rem tributa; ut contrà manus aliorum tutus sit. Omnia enim judicia de possessione hùc tendunt, ne situs in quo res est aliâ quàm juris viâ mutetur, insuper habitâ causâ per quam res eam positionem accepit. Etiam is qui nullam, vel apertè injustam, possessionis suæ causam habet, æquè tamen, quàm qui justissimam, jure possessionis gaudet. Fures et prædones habent jus possessionis etiam in rebus furtivis. Quid est absurdiùs quàm vi vel furto jus perfectum et perpetuum adipisci? Sed quia jus possessionis momentaneum est, ideò hactenùs nihil absurdi. Publicè enim interest etiam fures et prædones in possessione defendi, donec res legitimo tramite ab illis evincantur, ne rixis et tumultibus fenestra aperiatur. Argumentum igitur minimè vanum est. Jus in re vel ad rem ex causâ nullâ vel iniquâ acquiri aut amitti non potest. Sunt enim ejusmodi hæc jura ut semel quæsita citrà injuriam eripi nequeant. Igitur ut, ex legum auctoritate, jus in re per furtum et rapinam acquiratur, aut semel stabilitum amittatur, rationi repugnat. Atqui possessio, inquam, ex causâ nullâ et injustâ oritur.

« Je m'inquiète peu de trouver, en dehors de la division des droits en *jus in re* et *jus ad rem*, un droit qui ne puisse pas se rapporter à ces deux catégories : il me suffit de dire, en passant, que cette division a été adoptée par les interprètes, d'après le droit canonique, comme je l'ai dit ailleurs. Dans les actions possessoires, on ne recherche pas en vertu de quel droit la chose est occupée ; on ne s'occupe pas du *jus in re* ni du *jus ad rem;* on ne considère qu'un point de fait unique : lequel des deux détient la chose? Tout ce que la loi a voulu en faveur du possédant, c'est qu'il garde la chose jusqu'à ce que l'on soit informé du *jus in re* ou du

jus ad rem, qui compète sur elle : donc, la possession n'est ni *jus in re* ni *jus ad rem*. Qu'il y ait un droit de possession, puisqu'on le veut ainsi, c'est fort bien; mais ce droit n'est autre chose qu'une garantie donnée à l'homme qui possède, afin qu'il soit mis à l'abri de la violence des autres. Tous les jugemens sur la possession ne tendent qu'à ceci, savoir, que l'état de la chose ne soit changé que par les moyens de droit, abstraction faite des causes qui ont amené la possession. Celui qui possède sans cause, ou par une cause injuste, jouit du droit de possession aussi bien que celui qui possède avec la cause la plus légitime. Les voleurs et les possesseurs de mauvaise foi doivent être maintenus dans leur possession. Qu'y a-t-il cependant de plus absurde que de prétendre que la violence ou le vol peuvent fonder un droit parfait et perpétuel? Mais qu'on admette avec nous que le droit de possession EST MOMENTANÉ, et tout s'explique facilement. Il est de l'intérêt public que les possesseurs, même de mauvaise foi, soient maintenus dans leur possession, jusqu'à ce qu'elle leur soit enlevée par les moyens légitimes, afin de ne pas donner accès, dans la société, aux rixes et aux violences. Ainsi nos argumens ne sont pas vains; le *jus in re* et le *jus ad rem* ne peuvent ni s'obtenir par des causes nulles ou injustes, ni nous être enlevés lorsqu'ils sont acquis : c'est là leur caractère. Et cependant la possession sort de causes nulles et injustes, elle s'efface lorsque le droit se montre : elle n'est donc ni *jus in re* ni *jus ad rem*. »

Tels sont les raisonnemens d'Huberus. Ils sont serrés et pressans. Heineccius s'est attaché à cette théorie (1); elle a eu de nombreux partisans.

236. Quant à M. de Savigny, qu'on ne saurait pas-

(1) *Instit.*, t. 2, n° 334, note (*a*).

ser sous silence, voici à peu près quelle est son idée.

La possession est tout à la fois de fait et de droit : de fait, si l'on considère le fait de détention ; de droit, si l'on fait attention que la puissance de la loi vient souvent s'ajouter au fait.

Puisque la possession est un droit, de quelle nature est-il ? Il ne saurait y avoir de difficulté en ce qui concerne la possession qui conduit à la prescription. Elle n'est pas un droit, elle n'est qu'une des conditions nécessaires pour acquérir le domaine de la chose. Mais il en est autrement de la possession défendue par les interdits, et se posant contre des tiers pour demander à être maintenue. Il faut la rattacher au droit des obligations, et les interdits possessoires ne sont qu'une émanation des obligations nées des délits ou quasi-délits.

Ce système est soutenu avec le savoir ordinaire de l'auteur (1). Toutefois nous devons dire que, depuis que le droit canonique (2) a autorisé l'exercice de l'action en réintégrande, même contre les tiers-détenteurs de l'immeuble étrangers à la violence qui a spolié le possesseur, il y aurait du danger à appliquer au droit des nations modernes des idées qui ne peuvent se défendre que sur le terrain du droit romain.

237. Pour nous, qui avons pour but de rechercher particulièrement l'esprit du droit français, nous ne prendrons pas parti entre les interprètes de la jurisprudence romaine. Nous avons déjà vu par ce qui pré-

---

(1) *Voy.* l'analyse de M. Lerminier, p. 10, 11, 12, 13, 14. M. de Savigny s'appuie sur le texte d'Ulpien : *Interdicta omnia, licet in rem videntur concepta*, VI TAMEN IPSA PERSONALIA SUNT (l. 1, § 3, D. *de Interd.*) ; et il le corrobore par une foule de lois.

Mais M. Blondeau désapprouve cette idée (*Chrestomathie*, p. 267).

(2) Lib. 2, t. 13, cap. 18.

cède que notre droit a, en matière de possession, une originalité toute nationale. C'est donc en lui seul que nous prendrons notre point de départ pour donner notre opinion sur la question que nous examinons.

Si nous portons d'abord notre attention sur la possession qui n'est pas annale, nous espérons ne pas trouver de contradicteur en affirmant qu'elle n'est qu'un pur fait auquel la loi n'attache aucun effet juridique, et qui ne peut réclamer aucune protection (1).

Mais en est-il de même de la possession annale, de cette possession privilégiée (2) à laquelle la loi attache une présomption de propriété? C'est ici que commence la difficulté.

Si par possession de droit on appelle celle que la loi qualifie et prend sous sa protection spéciale, nul doute que la possession annale ne mérite cette dénomination. Mais est-ce à dire pour cela que cette possession soit un droit, c'est-à-dire que, par sa vertu propre et son énergie native, elle soit cause d'effets juridiques? Je ne le pense pas, et je crois pouvoir soutenir qu'à toutes ses phases et dans tous ses momens, la possession n'est qu'un fait, c'est-à-dire, qu'elle n'est que la manifestation d'un droit, mais pas le droit lui-même.

Il arrive souvent que la loi s'empare de certains faits, en tire des inductions, et fait sortir de leur sein des présomptions d'un droit; mais les faits n'en restent pas moins des faits. Ils ne sont que la base de l'opération logique par laquelle on arrive de l'effet à la cause; ils sont les conséquences connues d'un principe caché qu'ils servent à mettre en lumière; mais on ne pourrait, sans une incroyable confusion, les transformer en cause. Ils doivent rester effet.

---

(1) *Infrà*, nos 312, et *suprà*, nos 236, 239.
(2) C'est ainsi que l'appelle la coutume de Valois, art. 116.

C'est ce qui a lieu pour la possession.

La loi voit un certain nombre de faits de jouissance publics, non interrompus, paisibles ; elle les voit se continuer pendant un an. Que fait-elle alors ? De ces actes réitérées et patens, elle conclut que celui qui s'y est livré est propriétaire, et que ces actes possessoires sont l'effet d'un droit de propriété. La possession n'est donc que le résultat et l'expression d'un droit plus élevé qui en est la source. A la vérité, elle a été le point de départ du raisonnement qu'a fait la loi ; c'est par la possession que la loi est arrivée inductivement de la conséquence au principe ; mais tout ce que la loi a mis en elle, c'est une présomption, c'est-à-dire un raisonnement ; elle a placé le droit ailleurs ; elle l'a vu dans la cause, dans la propriété. C'est parce que la loi ne voyait pas un droit dans la possession, qu'elle s'est inquiétée, qu'elle s'est livrée à des recherches, qu'elle a voulu remonter plus haut. Quand a-t-elle été satisfaite ? Lorsqu'elle a rencontré une présomption de propriété. Alors seulement la possession lui a paru légitime ; alors elle lui a promis son appui. Ce n'est donc que comme fait extérieur, servant de manifestation à la propriété, que la possession a une valeur. En un mot, elle est le fait, la propriété est le droit.

Pour que la possession fût un droit, pour qu'il y eût un droit de possession, il faudrait que la possession eût par elle-même la puissance de produire des effets juridiques. Mais il n'en est rien : tous les effets que, par mégarde, l'on fait quelquefois sortir de la possession, ne sont que les conséquences de la propriété présumée qu'elle signale (1) ; toutes les fois que la possession demande quelque chose à la loi, c'est à titre de

(1) Voy. *suprà*, nos 226 et suiv., et *infrà*, no 249, une preuve par argument, qui est très-forte.

propriété présumée qu'elle l'obtient. Si elle ne se présentait pas sous les couleurs de la propriété, si elle ne s'en disait pas la suivante et l'instrument, elle ne serait pas écoutée : donc elle n'a pas par elle-même de priviléges juridiques ; donc c'est la propriété que la loi favorise, quand on s'imagine qu'elle favorise la possession ; donc nous avons raison de dire que la possession n'est qu'un fait, et que tout le droit est absorbé par la propriété.

Objectera-t-on les actions possessoires? mais la loi ne les donne qu'au possesseur annal, c'est-à-dire au propriétaire présumé. Assimilant le possesseur annal au propriétaire, elle veut qu'il ne soit pas troublé, et que la possession accompagne la propriété là où elle est censée être jusqu'à preuve contraire. C'est donc la propriété qui agit ici, et qui attire à elle la possession, qui est son attribut; c'est elle qui, se posant comme droit, demande à n'être pas privée de son action, et réduite à l'inertie; c'est elle qui réclame hautement pour que le fait reste joint au droit. Ici donc la propriété est tout, et la possession s'efface dans le droit supérieur qui est sa cause.

Parcourez tous les autres effets attribués à la possession, toujours vous en reviendrez à trouver la propriété comme le point dominant qui en est l'origine. Parlerez-vous de la prescription? qu'est-ce que la prescription trentenaire et décennale, sinon la propriété substituée au fait de possession? Citera-t-on l'action publicienne? mais n'est-ce pas à titre de propriétaire présumé que le possesseur exerce cette sorte de revendication? Insisterez-vous sur le droit à la perception des fruits? c'est encore un effet de la propriété présumée, qui a produit son action pendant que la propriété réelle se tenait ignorée. Il est inutile de le nier!! le principe générateur de tous ces avantages gît dans

la propriété, et la possession retombe sans cesse dans la classe des purs faits. Lors donc que l'on parle du *droit de possession* et de ses *effets juridiques*, l'on ne fait autre chose qu'une figure de rhétorique ; on prend l'effet pour la cause, la conséquence pour le principe : c'est ce que les grammairiens appellent une métonymie. Mais, en droit, les tropes ne sont qu'une confusion.

238. Maintenant, si l'on nous demande dans quelle classe nous rangeons les actions possessoires, nous répondrons, sans hésitation et sans scrupule, que nous les considérons comme de la famille des actions réelles. La raison en est simple : elles émanent du droit de propriété ; c'est, comme nous le disions tout à l'heure (1), la propriété qui intervient pour ramener à elle la chose soustraite à son action. Huberus a pu faire, sous l'empire du droit romain, des raisonnemens très-spécieux pour enlever aux actions possessoires ce caractère que nous leur attribuons (2). S'il eût argumenté, le droit français à la main, sa logique eût probablement conclu différemment ; car il y eût trouvé, depuis son origine jusqu'à nos jours, cette présomption de propriété qui rehausse la possession annale et engendre tous ses effets. La présomption de propriété une fois admise, ne faut-il pas que la possession aille trouver la propriété, comme sa compagne inséparable (3)? Eh bien! voilà l'objet des actions possessoires : par elles, la propriété opère un effet d'attraction, demandant à n'être pas privée de son mouvement et de son exercice. Or, une action qui prend sa base dans le droit de propriété n'est-elle pas réelle ? Le Code

(1) N° 237, *suprà*.
(2) N° 235 ; *suprà*.
(3) Voy. *suprà*, n° 225, la loi de Dioclétien.

de procédure civile ne s'y est pas trompé, et, lorsque l'article 3 exige que l'action possessoire soit introduite devant le juge de la situation de l'objet litigieux, il est conséquent avec le système du droit moderne sur la possession. Déjà le droit canonique avait préparé les voies; dérogeant, en effet, à la jurisprudence romaine, qui ne permettait pas d'intenter l'interdit *undè vi* contre le tiers-possesseur à qui le spoliateur avait transmis l'immeuble, il décide ce qui suit dans ce canon, qui est l'une de ses meilleures innovations (1): *Sæpè contingit quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translatâ, dum adversùs possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium eidem spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittit effectum. Undè,* NON OBSTANTE JURIS RIGORE, *sancimus ut si quis de cætero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium (eò quod non multùm intersit quoad periculum animæ, injustè detinere ac invadere alienum) contra possessorem hujusmodi, spoliato per restitutionis beneficium succurratur.* L'esprit du droit moderne se révèle là tout entier, et tel que nous l'avons dépeint. Après cela, que les admirateurs de M. de Savigny (2) crient à la défectuosité du Code de procédure civile, parce qu'il a pris pour point d'appui des actions possessoires une présomption de propriété en faveur du possesseur annal, tandis que le célèbre auteur du *Traité de la Possession* veut qu'en droit romain, les interdits n'aient eu pour base que le *jus possessionis!!* nous ferons observer à ces savans estimables, trop préoccupés de la puissance du droit

(1) *Décret. Greg.*, lib. 2, t. 13, cap. 18. Innocent III, an 1216.

(2) *Voy.* l'art. du savant M. Warnkœnig, professeur de droit à Liége, sur l'ouvrage de M. de Savigny. *Thémis*, t. 5, p. 345.

romain, que le droit français a aussi ses libertés et son originalité, et qu'il n'est pas philosophique de vouloir tout faire plier sous une forme exclusive, devinée d'ailleurs plutôt que retrouvée dans de solitaires élucubrations.

239. Il y a plusieurs espèces de possession (1); et c'est une distinction depuis long-temps fameuse que celle de la possession civile et de la possession naturelle.

Dans le droit romain, la possession civile était celle qui avait tous les caractères exigés pour l'usucapion. Les jurisconsultes avaient réservé, pour ce seul cas, le nom de possession civile (2), qui faisait allusion aux effets particuliers que le droit civil, c'est-à-dire le droit national émané des Douze-Tables, lui attribuait.

La possession civile était opposée à la possession naturelle, savoir, à celle qui tirait sa puissance et ses effets d'une source moins noble et moins romaine. Il y en avait de plusieurs sortes. Quelquefois les jurisconsultes appellent possession naturelle celle qui, n'ayant pas les caractères requis pour l'usucapion, parce qu'elle n'est pas accompagnée de titre et de bonne foi, est cependant suffisante pour intenter les interdits (3), et doit ses effets aux innovations des préteurs, toujours préoccupés, on le sait (4), du soin d'introduire dans le droit arbitraire les idées équitables du droit naturel. Mais le plus souvent la possession naturelle est, pour les jurisconsultes romains, celle qui

(1) D'Argentré disait très-bien : *Longa et molesta tractatio de differentiis possessionum* (sur Bretagne, 265. Sur le mot *saisi*, p. 909, n° 2).

(2) M. Lerminier, p. 15, d'après M. de Savigny.

(3) M. Lerminier, p. 30.

(4) *Voy.* mon Comment. de *la Vente*, t. 2, n°s 345 et 546, p. 6 et 7, et n° 685, p. 185 et 186.

n'a pas même les caractères nécessaires pour obtenir du préteur la protection qu'il accordait par le moyen des interdits (1).

Ainsi, il y avait, d'après les jurisconsultes, trois sortes de possessions chez les Romains : 1° la possession civile, ou possession pour usucaper ; 2° la possession prétorienne, ou possession *ad interdicta* (quand le mot *possessio* est employé seul, c'est à ce genre de possession qu'il se réfère) ; 3° la possession naturelle, appelée le plus souvent *detentio*, *nuda detentio*, *detinere*, *tenere*, *in possessione esse*, *corporaliter possidere* (2); c'est celle du fermier, du commodataire, de l'usufruitier, qui, civilement parlant, ne possède pas (3), mais qui a une sorte de possession de fait appelée naturelle (4).

Ces dénominations de possession civile et de possession naturelle passèrent dans le droit français ; mais elles n'y avaient aucun sens, puisque, chez nous, nous n'avons jamais connu l'antagonisme d'un droit civil (droit supérieur, privilégié, exclusif) avec les notions de l'équité commune à tous les hommes et fournie par la nature. Aussi ces appellations de possession civile et de possession naturelle sont-elles restées si vagues pour les modernes, que peut-être aujourd'hui encore l'on est indécis sur leur véritable sens (5). Suivant les uns, la possession civile est celle

(1) M. Lerminier, p. 27.

(2) Ulp., l. 10, *de Possess.*; l. 7, *de Damno infecto*. Papinien, l. 49, D. *de Possess.* Paul, l. 3, § 53, D. même titre. Javolenus, l. 24, D. *de Possess.*

(3) *Inst.*, § 4, *Per quas personas*.

(4) Ulp., l. 12, D. *de Acq. vel omi. possess.*

(5) Connanus, lib. 3, cap. 10, p. 186, n° 2, se rit de toutes ces divagations.

que nous retenons par notre volonté, et la possession naturelle, celle que nous retenons corporellement (1).

Suivant Pothier (2), la possession civile est celle de l'individu qui possède une chose comme lui appartenant en propriété, soit qu'il en soit effectivement propriétaire, soit qu'il ait juste sujet de croire l'être : *detentio animo dominantis*. Telle est la possession qui procède d'un titre translatif de propriété, comme vente, échange, donation, legs, etc. La possession qui a duré trente ans, et qui fait acquérir la prescription, est aussi une possession civile, parce qu'on suppose qu'elle a été accompagnée d'un juste titre. C'est sur ce fondement qu'elle opère la prescription.

La possession naturelle est celle de la personne qui possède sans aucun titre, ou à un titre autre que celui de propriétaire. Telle est la possession d'un voleur ou d'un usurpateur ; telle est celle de l'individu qui n'a qu'un titre nul ou vicieux ; telle est celle du séquestre, du gagiste. Quant au dépositaire, au commodataire, aux fermiers et locataires, ils n'ont pas même la possession naturelle, parce qu'ils possèdent non en leur nom, mais au nom du maître (3).

Argou enseigne (4) aussi que la possession civile est la détention de la chose accompagnée du dessein de la posséder en qualité de propriétaire (5) ; mais, à la différence de Pothier, il considère comme possesseur civil celui qui possède sans titre : « Un homme qui

(1) Dunod, p. 16 : « La possession civile, dit-il, est réduite à l'intention de posséder. » D'Argentré, *loc. cit.*

(2) Orléans, t. 22, n° 2.

(3) Alexandre, l. 1, C. *Communia de usucap.*

(4) *Inst. au droit français*, t. 1, p. 222.

(5) *Junge* Domat, p. 259.

« s'empare d'une terre qui ne lui appartient pas, à
« dessein de la garder et de se l'approprier, pos-
« sède civilement, aussibien que celui qui a un titre
« légitime, quoiqu'il y ait une grande différence de
« l'un à l'autre. »

Enfin, Argou étend la dénomination de possession naturelle à tous ceux qui détiennent simplement la chose, sans aucun dessein de la posséder en qualité de propriétaire. Il met sur la même ligne le fermier, l'usufruitier, le possesseur précaire, le gagiste, etc.

Je ne me charge pas de concilier tant de contradictions : tant qu'on ne renoncera pas à ces qualifications transportées du droit romain dans le droit français, comme dans un sol exotique, on ne trouvera que troubles, non-sens et confusion. Est-ce que la possession de celui qui possède la chose d'autrui avec titre, bonne foi et idée sincère qu'elle lui appartient, n'est pas aussi naturelle que celle de l'individu qui possède sans titre ou pour autrui? Pourquoi appeler l'une naturelle plutôt que l'autre? car qu'y a-t-il de plus naturel, de plus conforme à la nature, que de traduire en faits possessoires le droit de propriété qu'on croit avoir sur une chose? Est-ce parce que la première trouve appui dans la loi civile, pour arriver à la prescription? mais nous avons prouvé que ce grand effet de la possession émane du droit naturel (1). D'ailleurs, si la possession qu'on appelle exclusivement naturelle n'a pas le pouvoir de prescrire, elle a d'autres effets utiles que la loi civile reconnaît. Le fermier qui possède précairement peut faire réprimer les vols, les dommages faits à sa possession, et la loi lui donne, sinon l'action possessoire, du moins une action personnelle (2). Pourquoi ne dirait-on pas

(1) *Suprà*, nos 2 et suiv.
(2) Art. 1382, 1725, 1727, C. civ. M. Poncet, *des Actions*, p. 115.

dès lors que sa possession est civile? On voit qu'il serait temps d'abandonner ces équivoques sans fin. Ce ne sont pas malheureusement les seules que nous devions à la manie de vouloir toujours puiser à tort et à travers dans les livres du droit romain (1). D'ailleurs, l'article 2228 nous permet de nous en affranchir. Il ne s'en rend pas complice; il nous laisse libre de nous servir d'une terminologie plus claire et plus précise.

Nous appellerons donc possession le fait de celui qui, ayant dans la chose ou à la chose un droit quelconque, l'exerce par des actes de jouissance. Pour nous, le fermier est un possesseur, de même que le gagiste, le séquestre, le commodataire, etc.; toutes les dispositions du chapitre 3, que nous analysons, nous permettent de leur appliquer cette dénomination. Par exemple, l'article 2230 parle de POSSÉDER *pour un autre;* l'article 2231 dit : *quand on a commencé* À POSSÉDER *pour autrui;* l'article 2236 ajoute : *Ceux qui* POSSÈDENT POUR AUTRUI *ne prescrivent jamais; ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement, ne peuvent prescrire.*

L'article 2228 n'est pas contraire à cet emploi que

---

(1) Les interprètes du droit romain faisaient une foule de sous-distinctions sur celle dont je viens de parler. La possession naturelle, disaient-ils, peut être simple ou mixte : *simple, eu égard à la personne,* comme, par exemple, quand on dit qu'un esclave possède naturellement; *simple, à raison de la cause,* quand elle émane d'une cause non approuvée par le droit; *simple, eu égard au mode de posséder,* quand on possède pour autrui, et non pour soi; *mixte,* quand elle est à la fois naturelle et simple.

La possession civile *peut être civilissime,* quand, en vertu du statut, elle peut s'acquérir *solo animo. Voy.* sur tout cela Brunemann, sur la loi 4, C. *de Acq. possess.,* et Menochius, Remed. 1, *Recup. possess.,* 17, n° 392. Mais quel dédale qu'une science qui s'égare dans ces sophistiques distinctions!

juste ; mais que toute possession civile, par cela seul qu'elle était civile, était juste. D'après ce que nous avons dit ci-dessus pour faire rejeter la distinction de la possession civile et naturelle, on conçoit que nous sommes peu disposés à nous appesantir sur ces disputes de l'école. Au surplus, en matière d'actions possessoires et de prescription, il importe assez peu que le possesseur possède justement ou injustement ; il y a tel possesseur injuste qui peut prescrire, tandis que le juste possesseur ne le peut pas. *In summâ possessionis non multùm interest justè quis an injustè possideat* (1).

241. Une distinction plus importante est celle de la possession de bonne foi et de la possession de mauvaise foi. Nous nous en occuperons en commentant l'article 2265.

242. Que dirons-nous d'une autre catégorie faite par les auteurs, et qui consiste à reconnaître des possessions feintes ou artificielles, et des possessions réelles.

Écoutons Argou sur ce sujet (2) : « La possession « artificielle n'est pas proprement une possession : ce « n'est qu'une fiction qui a été inventée à l'imitation « de la possession civile ; car, comme celui qui a une « fois acquis la possession civile de ses domaines la « retient par les mains de son fermier quand il le « donne à ferme, ainsi on a cru que le propriétaire « qui donnait ou qui vendait la propriété d'une terre, « et qui s'en réservait l'usufruit, cessait de posséder « pour lui-même, et commençait à posséder pour ce- « lui à qui il avait transféré son droit, qui acquérait « la possession par ce moyen. On a aussi inventé le

(1) Paul, l. 3, § 4, D. *de Acq. possess.*
(2) T. 2, p. 228 et 226.

« clauses de relocation, de constitut et de précaire, « pour produire le même effet. »

Voilà ce que, par une saillie d'imagination, on est long-temps convenu d'appeler possession feinte ; mais j'ai prouvé, dans mon Commentaire *de la Vente*, que rien n'est plus réel que ce genre de possession (1).

243. Ce que nous avons dit, au numéro 239, des différens degrés dont la possession est susceptible, rendra facile la décision de la célèbre question qui consiste à savoir si deux ou plusieurs personnes peuvent avoir chacune, pour le total (*in solidum*), la possession d'une même chose (2). Cette question avait partagé les jurisconsultes romains ; mais leurs opinions sont obscures, et l'on n'est pas d'accord sur la manière dont leurs dissentimens doivent être interprétés.

Aujourd'hui que nous consultons la raison bien plus que l'autorité d'anciens systêmes, on résout cette controverse par des aperçus aussi simples que satisfaisans.

Il est certain qu'en principe, la possession est exclusive. De même que je ne peux pas occuper la place où vous êtes, et que vous ne pouvez pas vous asseoir sur le siége où je suis assis, de même deux personnes ne peuvent à la fois posséder entièrement le même objet : une possession exclut nécessairement une autre possession ayant la même nature et les mêmes prétentions. Si vous possédez à ma place, je cesse de posséder ; si je continue à posséder, vous ne possédez pas (3).

---

(1) T. 1, n° 267 et suiv.

(2) *Voy.* Paul, l. 3, § 5, D. *de Acq. possess.* Pothier, *de la Possession*, n° 4. Domat., liv. 3, t. 7. sect. 1, n° 3. Dunod, p. 23. M. de Savigny, § 11, dont l'opinion est analysée par M. Lerminier, p. 41 et suiv. Cujas, *Observ.*, lib. 9, cap. 32. Voët, *de Acq. possess.*, n° 5. M. Blondeau, *Chrest.*, p. 252.

(3) Le droit canonique le décidait ainsi, *Décret.*, lib. 2, t. 19, cap. 9, et t. 28, cap. 51.

Néanmoins, cette règle évidente doit être tempérée par une modification. Puisqu'il y a des possessions inégales, rien n'empêche qu'on ne les admette à concourir et à s'échelonner les unes sur les autres (1). Par exemple, l'un peut avoir la possession précaire, et l'autre la possession *animo domini*. L'article 2228 en offre la preuve dans la définition qu'il donne de la possession (2). Mais ce qui est impossible, c'est que deux possessions égales et de même nature concourent sur le même objet : l'une repousse nécessairement l'autre.

244. Ce n'est pas se mettre en contradiction avec cette règle, que de dire que deux ou plusieurs communistes peuvent posséder en commun la chose indivisible qui leur appartient (3) ; car ils ne la possèdent pas séparément, et leur communauté forme une personne collective (*cumpossessio*) (4), qui agit dans un intérêt unique (5). La règle que deux possessions s'excluent n'est applicable que lorsqu'il s'agit de possessions de même genre, émanées de causes opposées et rivales, travaillant chacune pour un intérêt séparé.

245. Lorsque, par suite des complications si variées qu'amène le mouvement des relations sociales, nous rencontrons plusieurs possessions différentes, superposées les unes sur les autres, il faut, pour résoudre entre elles la question de préférence, considérer celle

---

(1) Aussi les canonistes disent-ils : *Possessio non est nisi unius, si absoluta sit; secùs de conditionatâ, qualis quœ alieno nomine* (*voy.* Gibert, t. 3, p. 221, sect. 5, nº 5).

(2) Ainsi, il ne faut pas tenir compte de ce qu'enseigne Pothier, nº 15; pour expliquer que le fermier n'est pas possesseur, il dit : « La possession de droit appartient au propriétaire ; donc le fermier n'est pas possesseur, car *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt* (l. 3, § 5, D. *de Acq. possess.*). » Mais c'est appliquer cette règle à contre sens.

(3) Pothier, nº 4, l. 32, § 2, D. *de Usurpat.*

(4) Savigny, § 11.

(5) M. Poncet, *des Actions*, p. 105 et 106, nº 72.

qui est la plus parfaite, la plus entière, la plus caractéristique du droit de propriété (1). La question peut n'être pas difficile à l'égard des personnes qui se sont communiqué ces divers genres de possession; mais, à l'égard des tiers, il y a quelquefois de l'embarras. Pour prendre un parti entre deux possessions qui luttent l'une contre l'autre, on consultera d'abord les faits. Il est rare qu'elles se balancent assez également pour que l'une ne l'emporte pas sur l'autre par son insistance, sa publicité et sa durée.

On pèsera aussi le caractère des deux possessions. Si, par exemple, il y en a une qui ne soit qu'intentionnelle (2), tandis que l'autre est corporelle, et manifestée par des actes publics et paisibles, celle-ci l'emportera sur l'autre. Le fait qui se produit au grand jour a plus d'énergie que l'intention qui se tient cachée dans le secret de la conscience. On doit raisonnablement supposer qu'une volonté de posséder, qui est restée inerte pendant qu'une possession rivale venait se substituer à elle par des faits patens et non contrariés, a voulu s'abdiquer elle-même (3).

C'est ce que n'a pas aperçu la cour royale de Lyon, dans une espèce où Nicolas Foray, propriétaire d'un moulin et d'un canal avec ses francs-bords, avait, pendant soixante ans, négligé de se servir de ce moulin; de telle sorte que des tiers, profitant de la destruction des écluses qui jadis avaient servi à conduire l'eau dans le canal, avaient cultivé les francs-bords, et même une partie du canal, réduit à n'être plus qu'un petit filet d'eau pour l'irrigation des prairies. Le représentant de Nicolas Foray ayant formé contre les

---

(1) *Voy.* mon Com. *de la Vente*, t. 1, n° 280.

(2) Voy. *infrà*, n° 263, ce qu'on entend par là.

(3) Ceci revient à ce que j'ai dit dans mon Comment. *de la Vente* t. 1, n° 280.

tiers-détenteurs une demande en rétablissement du canal et de ses francs-bords, ceux-ci opposèrent la prescription. Leur possession était incontestable, et il semblait qu'ils dussent triompher. Mais la cour de Lyon, par arrêt du 17 juin 1830, confirmé, le 6 décembre 1832, par la cour de cassation (1), pensa que, par cela seul que le canal n'avait jamais été entièrement à sec, les héritiers de Nicolas Foray en avaient conservé la possession. La cour ne s'est livrée à aucune réflexion pour justifier cette assertion. Il est probable que les vestiges du canal lui ont paru une continuation de possession intentionnelle suffisante pour faire triompher le droit du propriétaire (2); mais elle ne faisait pas attention que les riverains, par leurs empiétemens et leurs travaux de culture, avaient aussi possédé ces vestiges; que d'ailleurs il n'était pas possible de faire prédominer une possession intentionnelle, possession inactive et presque désertée, sur la possession des tiers, qui avaient joui, labouré, récolté au grand jour, et en s'annonçant, pendant soixante ans, comme propriétaires. On repoussera donc cet arrêt comme contraire aux principes. La cour de cassation n'a rejeté la requête que parce qu'il lui a paru que la cour royale s'était livrée à une interprétation souveraine des faits de la cause.

246. Du reste, ne nous exagérons pas les difficultés; elles sont loin d'être insolubles, et un peu d'attention en viendra à bout. Ne faisons pas comme M. Bentham, qui, s'embarrassant dans des hypothèses forcées, défie les jurisconsultes de les résoudre, et conclut, de leur prétendue impuissance, à leur incapacité. Écoutons le langage superbe de ce réformateur, trop peu

(1) Dall., 33, 1, 110.
(2) Voy. *infrà*, sur l'art. 2229.

versé, à mon sens, dans la science du droit civil, qu'il prétendait cependant reconstituer de fond en comble.

« Mais qu'est-ce que *posséder?* Voilà une question « qui paraît bien simple ; il n'en est peut-être pas de « plus difficile à résoudre, et *c'est en vain qu'on en « chercherait la solution dans les livres de jurisprudence* (1) ! Cependant ce n'est pas une vaine spéculation de métaphysique. Tout ce qu'il y a de plus précieux dans l'homme peut dépendre de cette question : sa propriété, sa liberté, son honneur, et même « sa vie. En effet, je peux légitimement, pour défendre « ma possession, frapper, blesser, tuer même, si cela « est nécessaire ; mais la chose est-elle en ma possession? Si la loi ne trace pas une ligne démarcative, « si elle ne décide pas ce qui est *possession* et ce qui ne « l'est pas, je pourrai, en agissant de bonne foi, me « trouver coupable du plus grand crime, et ce que je « prenais pour légitime défense serait, dans l'opinion « du juge, brigandage et assassinat !!

« Voilà *donc une matière qui devrait être approfondie dans tous les Codes : elle ne l'est dans aucun* (2). »

Après avoir fait ainsi le procès à tous les Codes passés et présens, sous prétexte de lacunes qui ne sont qu'une imagination, M. Bentham continue (3) :

« L'idée de possession sera différente, selon la nature du sujet (4), selon qu'il s'agit de choses ou de « services d'homme, ou d'actes fictifs, comme état, « patente, privilége, exemption de service, etc.

---

(1) L'assertion n'est-elle pas un peu forte ?

(2) T. 1, p. 275.

(3) P. 276 et 277.

(4) A qui la faute ? Les jurisconsultes pouvaient-ils empêcher que les choses ne soient diverses ?

« L'idée sera différente, selon qu'il s'agit de choses
« mobilières ou immobilières. Que de questions pour
« savoir ce qui constitue un bâtiment, un loge-
« ment (1)! Est-ce d'un être factice qu'il s'agit? mais
« une caverne naturelle peut servir de demeure (2)?
« Est-ce d'un être immeuble? mais une voiture dans
« laquelle on séjourne en voyageant, un vaisseau, ne
« sont pas des immeubles (3)!!! Mais ce terrain, ce
« bâtiment, qu'est-ce qui fait qu'on le possède? Est-ce
« l'occupation actuelle? est-ce l'habitude de le possé-
« der? est-ce la facilité de le posséder, abstraction faite
« de toute opposition, et ensuite malgré l'opposition
« même (4)?

« Autres difficultés. — S'agit-il de possession exclu-
« sive ou de possession communale? s'agit-il de la pos-
« session d'un seul, de plusieurs, ou de tout le
« monde (5)?

« Difficultés ultérieures. — S'agit-il de possession par
« soi ou de possession par autrui (6)? — Vous êtes dans
« l'habitude d'occuper cette fabrique, vous l'occupez
« même seul à cette heure : je dis que vous n'êtes que
« mon régisseur; vous prétendez être mon locataire; un
« créancier soutient que vous êtes mon associé. Cela

---

(1) Tous les livres de droit ont cherché à aplanir ces questions (*voy.* mon Comm. *de la Vente*, t. 1, nº 323, p. 499); et les lois romaines sont, à cet égard, d'une richesse qui va jusqu'au luxe.

(2) Eh bien! l'on verra si elle est *res nullius* ou *res privata*. Il n'est pas besoin de se creuser long-temps l'esprit pour trancher le nœud gordien.

(3) Sans doute; mais il faudra distinguer la question qui pourra s'élever sur la place qu'on occupe dans le bâtiment ou dans la voiture, d'avec la question de possession relative au vaisseau ou à la voiture même.

(4) Que M. Bentham n'a-t-il lu le premier livre venu sur la possession? il verrait comme la possession commence, se continue, se conserve et prend fin.

(5) *Voy.* les nºˢ 243 et suiv., et ce que nous avons dit, sur l'art. 2226, des *choses publiques*.

(6) *Voy.* les art. 2228, 2229, 2231, 2236, etc.

« étant, est-ce vous qui êtes en possession de cette
« fabrique, ou moi, ou le sommes-nous tous les
« deux (1)? »

Jusqu'à présent, l'on voit comment M. Bentham s'efforce de mettre la science du droit en défaut sur des questions que tous les livres ont résolues.

Mais voici qui est plus fort, et qui dégénère en subtilités ridicules :

« Un portefaix entre dans une auberge, dépose un
« fardeau sur la table, et sort; une personne met la
« main sur le fardeau pour l'examiner; une autre y
« met la sienne pour l'emporter, en disant : *C'est à*
« *moi*. L'aubergiste accourt pour le réclamer contre
« tous les deux; le portefaix revient ou ne revient
« pas. De ces quatre hommes, lequel est en posses-
« sion? »

Écartons le portefaix : il a porté la chose pour autrui, et en a quitté la détention corporelle : la possession n'est plus à lui, même la possession physique. Écartons encore le curieux qui portait la main sur la chose pour l'examiner : le mot de possession ne saurait le concerner. Écartons encore l'aubergiste, puisqu'il réclame, et n'a pas la chose en main. Reste celui qui s'est emparé du fardeau, en disant : *Il est à moi*. Celui-là seul est possesseur, puisque la chose est sous sa main, et qu'il la détient *animo domini*.

Ou bien M. Bentham suppose-t-il que le curieux et le prétendu propriétaire retiennent à la fois la chose, et se la disputent, l'un pour voir si elle est à lui, l'autre pour la retirer, parce qu'il l'a dit sienne : dans ce

(1) Si vous êtes locataire ou régisseur, vous possédez pour moi et je possède par vous (art. 2228) : il y a là deux possessions à titres inégaux Si vous êtes mon associé, nous posséderons en commun (*suprà*, n° 244). Tout dépend du titre que vous avez.

cas, il n'y a pas de possession; le débat physique la tient en suspens. La force d'abord, et ensuite le droit, en décideront.

Puis l'auteur continue (1) :

« Dans la maison que j'habite avec ma famille est « un secrétaire habituellement occupé par mon clerc, « et qui se trouve encore lui appartenir. Dans ce se- « crétaire se trouve pour le moment une cassette à ser- « rure (2), *occupée habituellement* par mon fils (3); « dans cette cassette, une bague confiée à sa garde par « un ami. Lequel de nous est en possession de la ba- « gue, moi, mon clerc, mon fils ou son ami? — On « peut doubler, on peut quadrupler le nombre de tous « les degrés. La question peut se compliquer autant « qu'on le veut. »

Croirait-on que ces jeux d'esprit (4) se trouvent gravement accumulés dans un livre écrit sous l'influence *du principe d'utilité?* Mais ce qu'il y a de plus étonnant, c'est la manière dont l'auteur résout ces hypothèses. On s'imaginera que tout est clair chez un philosophe qui s'est jeté à corps perdu dans le sensualisme, parce qu'il trouve trop obscurs les principes du juste et de l'injuste, tels que la loi morale nous les fait concevoir. Eh bien, on va en juger :

« Comment résoudre ces difficultés?

« Consultez d'abord *l'utilité primitive*, et, si elle se « trouve neutre, indifférente, il faut suivre les idées « populaires, les recueillir lorsqu'elles sont déci- « dées, les fixer lorsqu'elles chancellent, les suppléer « quand elles manquent; mais, de manière ou d'au-

(1) P. 278.

(2 et 3) M. Bentham n'a pas pensé à dire qui en a la clef.

(4) Je pourrais dire *jeux d'enfant*, car il y a un jeu d'enfant qui ressemble à cela.

« tre, résolvez ces subtilités (1), ou, ce qui vaut en-
« core mieux, prévenez le besoin d'y recourir; à la
« question très-épineuse de la *possession* substituez
« celle de la *bonne foi*, qui est plus simple. Dans *le
« dernier cas que j'ai supposé, les jurisconsultes
« romains ne voudraient reconnaître qu'un seul des
« quatre pour être en possession* (2); cependant tous
« pourraient être dans la bonne foi; et le possesseur
« ne peut-il pas être de mauvaise foi aussi bien qu'un
« autre (3)? Dans ce dernier cas, faites dépendre la
« décision de la possession, vous aurez un coupable
« impuni, et trois personnes punies injustement; faites
« la dépendre de la bonne foi, il n'y aura ni impu-
« nité ni punition injuste. »

J'avoue de bonne foi mon impuissance à pénétrer ces oracles de l'empirisme moderne. J'aime mieux m'en tenir aux idées plus vulgaires, mais aussi plus intelligibles, de ceux que M. Bentham dénigre avec hauteur, sous le nom de romanistes. Ils me disent avec le bon sens et la morale que c'est au droit qu'il faut en appeler; que la possession n'est invoquée provisoirement que comme présomption, et que c'est à tort que M. Bentham croit qu'elle dispense de remonter jusqu'au droit (4); que la bonne foi seule, pas plus que *l'utilité primitive*, n'est un moyen d'acquérir; que le

---

(1) *Subtilités!!* M. Bentham en convient; mais qui donc les a imaginées? Sont-ce les jurisconsultes auxquels il fait le procès? Ne sont-elles pas écloses de son esprit? Dès lors l'aveu est précieux.

(2) Cela n'est pas exact; il serait très-possible que l'on donnât la possession de la cassette à celui qui en a la clef, et la possession du secrétaire à un autre; peut-être même déciderait-on que personne n'a une possession assez caractérisée. Tout dépend des faits plus que de *l'utilité primitive*.

(3) Qui en doute?

(4) Voy. *infrà*, nos 1043 et suiv., l'interprétation que je donne de l'art. 2279, qui porte : *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

devoir du juge est de dégager le droit de propriété des apparences trompeuses qui peuvent l'obscurcir ; que sa mission consiste à le rechercher par tous les moyens, et non pas à se contenter de fictions ; et que, s'il arrive au législateur de donner quelquefois la préférence à la possession, c'est parce qu'aucune pénétration humaine ne peut décider positivement que le droit de propriété est ailleurs (1).

Laissons donc de côté ces conceptions présomptueuses et fausses de M. Bentham, et occupons-nous de questions plus sérieuses et plus utiles. Il en est une qui se présente fréquemment, et qui consiste à savoir à qui les meubles sont censés appartenir quand deux personnes habitent ensemble, et qu'il n'existe aucun titre de propriété. La pratique résout cette difficulté par une distinction. Ou il y a bail, ou il n'y en a pas ; s'il n'y a pas de bail, et que les meubles soient saisis sur l'un des cohabitans, la propriété en est adjugée à celui qui en demande la distraction à son profit, pourvu qu'il affirme qu'ils sont à lui, et que les quittances du loyer soient en son nom. Cette manière de décider est fondée sur ce que la possession est tellement commune qu'elle ne sert plus d'indice de propriété exclusive ; que, d'autre part, il n'y a aucun titre écrit qui justifie la propriété ; que dès lors la réclamation du demandeur doit être écoutée, puisqu'il prouve que c'est lui qui a payé les loyers au moyen desquels les meubles ont été logés et conservés ; qu'autrement le vrai propriétaire serait exposé à être dépouillé, ce qui serait injuste.

Mais, s'il y avait bail, celui au profit duquel il serait passé serait censé propriétaire des meubles, à moins de preuves contraires. Toutefois, cette présomption

(1) *Infrà*, n° 1051.

de propriété n'embrasserait ni les habits de l'autre cohabitant, ni les effets mobiliers dépendant de sa profession. Ici, la nature des objets est l'indice le plus fort de la propriété (1).

247. Voyons quelles choses sont susceptibles de possession.

Les choses corporelles sont celles auxquelles s'applique particulièrement cette idée que les jurisconsultes romains nous ont donnée de la possession, *rei insistere, incubare*. Aussi disaient-ils qu'on ne peut posséder que les choses corporelles : *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia* (2). C'est Paul qui parle ; et il ajoutait : *Quia nec possideri intelligitur jus incorporale* (3). On possède les choses corporelles, soit meubles, soit immeubles ; nous verrons même, par l'article 2279, qu'en fait de meubles la possession a souvent de grands avantages, puisqu'elle vaut titre ; mais il ne faut appliquer cette règle que dans certaines circonstances, que nous exposerons en commentant cet article.

Suivant la subtilité du droit, on ne faisait que détenir les droits incorporels (*neque usufructus neque usus possidetur, sed magis tenetur*) (4) ; on les quasi-possédait (5). Cependant la force des choses l'emportait quelquefois sur la rigueur de la langue juridique, et l'on trouve dans les écrits des prudens : *jus fundi pos-*

(1) Bourjon, t. 1, p. 146, n° 15. Voy. *infrà*, t. 2, n°s 1045, 1046, 1047, 1051, 1062, d'autres cas.

(2) L. 3, D. *de Acq. possess.*

(3) L. 4, § 27, D. *de Usurp.*

(4) Ulp., l. 1, § 8, D. *Quod legat.*

(5) Ulp., l. 23, § 2, D. *Ex quib. causis*, et l. 10, D. *Si servit. vindicet.*

sedisse (1); *jus possedit* (2); *possessionem vel corporis vel* JURIS (3).

Le droit français ne connaît pas ces prûderies de langage, que Pothier avait cependant cherché à y introduire (4) : aussi, notre article dit-il que la possession est la détention ou jouissance d'une chose ou *d'un droit*. Ainsi l'on possède une servitude, un usufruit, un droit de superficie ; on possède ces choses par l'usage qu'on en fait, avec l'intention d'en profiter comme d'un droit propre (5).

248. Toutefois, parmi les choses corporelles et incorporelles, il en est quelques-unes qui, par exception, ne sont pas susceptibles de possession *animo domini*.

Telles sont, par exemple, celles qui ne sont pas dans le domaine public. Ainsi, quoiqu'on ait porté pendant un temps indéfini un nom autre que celui qu'on a dans son acte de naissance, la possession en est inutile, parce que les lois défendent de changer de nom sans l'autorisation du Gouvernement (6).

On peut recourir à ce que nous avons dit sur l'article 2226 (7).

249. Il y a aussi des choses qui sont sans doute susceptibles de possession privée, puisqu'on en perdrait la propriété si on cessait d'en jouir pendant trente ans, mais dont la possession, même annale, ne forme pas par elle seule un indice de propriété : ce sont les choses

---

(1) Celsus, l. 7, D. *de Itinere*.

(2) Ulp., l. 2, *Com. prædior*.

(3) Ulp., l. 2, § 3, D. *de Precario*.

(4) *De la Possession*, n° 38.

(5) L. ult., D. *de Servit.* Domat., p. 260, n° 5. Dunod, p. 15 et 25. Fachin, *Controv.*, lib. 8, cap. 10. *Infrà*, n° 397.

(6) Arrêt de la cour de cassation du 29 juin 1825 (Dall., 25, 1, 351).

(7) *Junge* Pothier, n° 37.

qui ne peuvent s'acquérir que par titre, et point par prescription. De ce nombre sont les servitudes non apparentes et discontinues (1). Comme la plus longue possession ne peut suppléer au titre et faire parvenir à l'acquisition de la propriété, il s'ensuit qu'une possession annale serait, à plus forte raison, insuffisante pour établir en faveur de pareils droits la présomption provisoire de propriété dont nous avons parlé ci-dessus (2).

Aussi n'y a-t-il pas lieu, pour ces sortes de droit, aux actions possessoires. La raison en est évidente : l'action possessoire est fondée sur une présomption de propriété ; elle a pour but d'obtenir que, jusqu'à preuve contraire de la propriété, le fait se trouve uni au droit apparent ; or, quand le droit apparent n'existe pas, quand on ne peut pas se dire propriétaire même putatif, on est sans intérêt pour demander la possession, qui, en règle générale, ne doit jamais abandonner la propriété (3) : la possession n'est censée être alors qu'une suite d'actes de tolérance de la part du propriétaire.

250. On ne peut pas posséder la partie incertaine d'une chose. Il est vrai que, si j'acquiers une portion certaine d'un immeuble, comme la moitié, le tiers, le quart, j'en pourrai prescrire la propriété contre le véritable propriétaire, par la possession suffisamment continuée, et cela quand même la chose serait indivise (4) ; mais je ne peux pas posséder une portion incertaine et inconnue d'une chose. *Incerta autem pars nec tradi, nec usucapi potest; veluti si ità tibi tradam quidquid mei juris in fundo est. Nam qui igno-*

(1) Art. 691, C. civ.

(2) No 226.

(3) *Suprà*, nos 226, 231, 232 et 237.

(4) Pomponius, l. 26, D. *de Acq. possess.*

rat, nec tradere, nec occupare id quod incertum est, potest (1).

251. Le Code civil ne s'explique pas sur les moyens d'acquérir, de conserver ou de perdre la possession; mais l'interprétation doit suppléer à son silence.

Il est souvent très-difficile de prendre l'origine de la possession sur le fait; presque toujours son point initial est ignoré. Reçoit-on une chose d'un précédent propriétaire? ce moment est beaucoup moins décisif qu'on ne serait tenté de le croire, puisque la possession de l'auteur se joint à celle de celui qui vient ensuite le représenter (2225). Dans ce cas, c'est plutôt une continuation qu'un commencement de possession (2), et nous verrons plus bas (3) que la possession se continue et se conserve bien plus facilement qu'elle ne s'acquiert. D'ailleurs, l'article 2234 dispense de rechercher les points intermédiaires de la possession, quand on en connaît les deux points extrêmes. Si on a possédé anciennement par son auteur, et qu'on prouve qu'on possède maintenant, on est censé avoir toujours possédé *medio tempore*, et les deux possessions se lient naturellement et sans effort. Possède-t-on sans titre, en vertu de la maxime *possideo quia possideo?* il est très-rare que le premier acte de possession soit connu, et que celui qu'on signale ne soit pas précédé par d'autres. Aussi, dans les questions qui s'élèvent sur la prescription, n'ai-je jamais vu rechercher le berceau de la possession avec cette rigueur de principes que les jurisconsultes romains nous ont transmise. Esprits pénétrans, subtils et curieux, ils ont voulu tout prévoir et

(1) *Loc. cit.*, et l. 32, § 2, D. *de Usurpat. Junge* Paul, l. 3, § 2, *de Acq. possess.* Domat, liv. 3, tit. 7, sect. 3, n° 23. M. Blondeau, *Chrest.*, p. 245, 246 et 249.

(2) *Infrà*, n° 425.

(3) N° 263.

tout soumettre à leur exacte analyse (1); mais, dans ce qu'ils ont dit de l'acquisition de la possession, il y a pour nous beaucoup plus de théorie que d'utilité pratique; et, quand nous sommes appelés à tirer des conséquences de la possession, nous la trouvons le plus souvent toute formée, toute vivante. Examinons néanmoins quelques règles nécessaires à étudier, parce qu'elles sont passées dans la jurisprudence française.

Les jurisconsultes romains nous enseignent que, pour acquérir (2) la possession d'une chose, il y a deux conditions nécessaires : l'appréhension de la chose et la volonté de la posséder. *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore* (3). Les mêmes principes existent dans le droit français. Occupons-nous de ces deux élémens de la possession.

Pour appréhender la chose, il n'était pas nécessaire, dans le droit romain, de la saisir par le toucher; mais il fallait du moins qu'à la volonté se joignît un fait corporel qui, par imitation du toucher, y imprimât le cachet physique de l'homme. C'est ce qu'ailleurs j'ai cherché à démontrer contre les opinions opposées par des raisons qui me paraissent convaincantes (4).

Sous le Code civil, des formes plus simples et moins symboliques président à l'appréhension de la possession: il suffit que, par un fait quelconque, celui qui veut acquérir une chose soit mis à même de s'en servir réellement, en tout temps et à son gré, soit par lui, soit par autrui.

Ainsi, j'ai fait voir, dans mon Commentaire *de la*

(1) Ils ont dit : *Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est* (l. 2, D. *pro Hæred.*).

(2) Mais pas pour la conserver. *Infrà*, n° 263.

(3) Paul, l. 3, § 1, D. *de Acq. possess.* Voy. les *Sentences* du même, lib. 5, t. 2, § 1, et M. de Savigny, § 13. Pothier, nos 39 et suiv. Lerminier, p. 55, 56 et suiv. M. Blondeau, p. 220 et suiv.

(4) *Voy.* mon Comm. *de la Vente*, t. 1, nos 267, 268 et suiv.

Vente(1), que, pour prendre possession, par la remise des clefs, des grains qu'on a achetés, il n'est pas nécessaire, comme dans le droit romain, que cette remise soit faite *apud horrea*. On possède aussi un immeuble lorsque le vendeur en a livré les titres de propriété, quoiqu'on n'y soit pas encore allé pour l'occuper physiquement (2); on le possède également lorsque, par une clause de précaire ou de constitut, le vendeur reconnaît le détenir au nom de l'acquéreur, à titre de fermier (3). Je crois inutile de m'étendre plus long-temps sur ce sujet, que j'ai traité avec des développemens suffisans dans l'ouvrage cité (4); je reviendrai, au reste, sur la possession des meubles, dans mon commentaire de l'article 2279 (5). Je n'ajouterai ici qu'une seule observation, c'est que la possession s'acquiert beaucoup plus facilement quand on reçoit la chose d'un précédent possesseur qui la transmet à un titre quelconque, que quand on s'en empare contre sa volonté ou qu'elle n'était possédée par personne (6). Un usurpateur ne serait pas censé avoir possédé la chose qu'il prétend avoir acquise par prescription, s'il ne l'avait occupée pied à pied et d'une manière patente.

252. Lorsque deux personnes concourent sur le même lieu pour le posséder, et se livrent à des actes possessoires également caractéristiques, il n'y a possession d'aucun côté (7); car les deux possessions s'ex-

(1) T. 1, nº 272.

(2) *Loc. cit.*, nº 276.

(3) *Loc. cit.*, nº 277.

(4) Lisez tout le comm. de l'art. 1607.

(5) *Infrà*, nº 1062.

(6) *Infrà*, nºs 263 et suiv. M. Blondeau, *Chrest.*, p. 249, note 3. M. Merlin, *Répert.*, vº *Possession*, p. 417, col. 2.

(7) *Suprà*, nºs 243 et 244. Ulp., l. 3, D. *Uti possid.* Fachin, *Cout.*, lib. 8, cap. 16. M. Lerminier, p. 473 d'après M. de Savigny.

cluent ; c'est par d'autres indices qu'on peut arriver à la connaissance de la propriété (1).

253. Quant à la volonté de posséder (2), il est évident que la détention de la chose serait purement machinale, si elle n'était accompagnée d'une intention qui lui donnât un sens ; sans cette intention, qui vivifie l'acte, l'idée de possession s'évanouirait. On ferait mentir la langue si l'on disait qu'un cadavre possède la place sur laquelle il est couché, et qu'un animal possède le lieu où il stationne.

La volonté varie dans sa portée : il faut donc la consulter pour savoir quelle moralité elle a voulu imprimer à l'acte possessoire. Si le possesseur n'entend recueillir les avantages de la chose qu'à titre de fermier ou de commodataire, sa possession sera précaire, mais il ne possédera pas moins ; seulement, cette possession sera limitée dans le cercle d'une détention incapable de faire acquérir la propriété. Si, au contraire, la volonté consiste dans l'intention d'appréhender la chose comme sienne propre, ce sera la possession appelée *animo domini*, celle qui conduit à la prescription.

Mais, si je détiens la chose sans aucune intention d'en tirer un avantage ou un émolument, on ne pourra pas dire que je possède ; par exemple, je vais rendre

(1) Mais que doit faire, en pareil cas, le juge du possessoire ? La question est controversée. Écoutons Fachin, lib. 8, cap. 16 : *Alii dixerunt ità pronuntiandum*, UTI POSSIDETIS, ITA POSSIDETIS ; *alii, divisione factâ, inæquales partes controversiam esse dirimendam; alii possessionem apud sequestrum collocandam ne partes veniant ad arma ; alii sorte rem dirimendam ; alii pronuntiandum a judice*, DE CAUSA NON LIQUERE ; *alii reum absolvendum ; alii judicem cui maluerit gratificari posse ; alii denique consulendum esse principem. Voy.* aussi Menochius, *de Retin. possess.*, remed. 3, quæst. 87. La cour de cassation a adopté le premier parti, par arrêt du 28 avril 1813 (Dall., *Act. possess.*, p. 245).

(2) Savigny, §§ 20 et 21. Pothier, n° 40.

une visite à un de mes amis, et, en attendant qu'il vienne me recevoir, je prends un livre que je trouve sur la cheminée, pour en voir le titre : je tiens ce livre, mais je ne le possède pas (1).

Pareillement, si, dans un voyage, je suis reçu dans la maison de campagne d'un de mes amis, je ne suis pas possesseur de cet immeuble, n'ayant aucune intention de le posséder. *Qui jure familiaritatis amici fundum ingressus est non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat* (2).

254. Il suit de là que, si j'achète une chose, et que mon vendeur m'en livre une autre que je prends par erreur pour celle que j'entendais acquérir, je n'acquiers la possession ni de l'une ni de l'autre. Je n'ai pas la possession de l'objet acheté, puisque la tradition ne m'en a pas été faite ; je n'ai pas la possession de celle qui m'a été livrée, puisque je n'ai pas eu l'intention de la posséder (3).

255. Puisque la volonté est de l'essence de la possession, il faut dire que ceux qui sont incapables de volonté n'ont pas le pouvoir d'acquérir par eux-mêmes la possession d'une chose ; un insensé, un interdit, un impubère, ne peuvent commencer une possession. C'est ce qu'enseigne Paul, en termes pleins d'énergie : *Furiosus et pupillus non possunt incipere possidere, quia affectionem non habent, licet maximè corpore suo rem contingant ; sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat* (4).

Mais le mineur capable d'une volonté peut acquérir la possession d'une chose sans l'autorisation de son

(1) Pothier, *Possession*, n° 40.
(2) Paul, l. 41, D. *de Acq. possess.*
(3) Ulpien, l. 34, *eod. tit.*
(4) L. 1, § 3, *de Acq. possess.*

tuteur. *Quæ sententia recipi potest si ejus ætatis sunt, ut intellectum capiant* (1).

256. Les impubères et les fous peuvent cependant acquérir la possession par le tuteur qui les représente (2).

Voici comment les Romains entendirent cette règle. Un enfant impubère possède une chose corporellement, mais il ne peut donner à cet acte l'intention qui seule le fait prendre en considération et lui donne une moralité. Eh bien! l'autorisation du tuteur suppléera à ce défaut de volonté. Il est vrai que ce point avait fait question parmi les jurisconsultes romains; les uns pensaient que l'autorisation du tuteur ne pouvait pas attribuer à l'acte de l'enfant une intention dont il n'avait pas conscience; d'autres soutenaient que l'accession du tuteur suppléait au défaut de volonté chez l'enfant. Ce dernier avis était celui de Paul et de Papinien (3); il finit par prévaloir. Ainsi le droit romain divisait les deux élémens de l'acquisition de la possession. L'acte matériel se trouvait du côté de l'impubère, la volonté, du côté du tuteur. Le tuteur pouvait aussi acquérir la possession à l'impubère, en prenant lui-même possession de la chose, avec intention de l'acquérir à son pupille (4).

Dans notre système de tutelle, toutes ces difficultés sont oiseuses; le mineur est représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie civile (article 450, Code civil). L'impubère n'est rien; ses actes n'ont aucun sens; il n'a aucune conscience de ce qu'il fait: c'est son tu-

---

(1) Paul, l. 1, § 3, D. *de Acq. possess.* Pothier, nos 44 et 45.

(2) Paul, l. 32, § 2, D. *de Acq. possess.*

(3) Paul, l. 32, § 2, D. *de Acq. possess.* L'empereur Decius, l. 3, C. *de Possess.*

(4) Donellus, *Comment. de jure civ.*, lib. 5, cap. 11.

teur qui agit, qui pense pour lui, et qui est son ministre nécessaire et légal (1).

257. Les communes acquièrent la possession par ceux qui les représentent; elles peuvent même l'acquérir par les habitans qui les composent. Il est vrai que Paul, dans la loi 1, § 22, D. *de Acq. poss.*, dit : *Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi possidere non possunt;* mais je n'ai jamais pu comprendre cette idée, quoique Pothier s'en soit rendu l'écho (2). Quand les habitans d'une commune passent sur un terrain et en font un chemin public, quand ils conduisent leurs troupeaux sur un terrain pour en recueillir les fruits, est-ce qu'ils ne possèdent pas pour le corps moral dont ils font partie? Tous les jours il arrive qu'une commune prouve l'origine et la continuité de sa possession par les actes de jouissance émanés de ses habitans. Jamais, dans les tribunaux français, il n'est venu dans l'idée de personne de représenter ces actes comme inefficaces et sans valeur; sans quoi l'on dépouillerait les communes des droits les plus précieux; car, dépourvues ordinairement de titres, elles n'ont pour justifier leur propriété, que la possession des habitans qui en ont profité en son nom. Aussi Brunemann a-t-il dit, en parlant du texte que nous rejetons : *Sed in foro hodiè* ISTA SUBTILITAS CESSAT; *non minùs enim possidet universitas quàm privatus* (3). Il est rare de trouver Brunemann plus judicieux que Pothier; c'est cependant ce qui arrive ici, et l'on ne peut assez s'étonner de la condescendance de notre célèbre jurisconsulte pour des idées si contraires à la raison.

---

(1) Pothier, n° 46.

(2) N° 47.

(3) Sur la loi 1, § dernier, D. *de Acq. possess.*; p. 448, n° 16.

258. Une femme peut, sans autorisation de son mari, acquérir la possession d'un objet, car la possession est une chose de fait, comme je l'ai dit ailleurs (1): c'est l'avis de Pothier (2).

259. Nous pouvons acquérir la possession d'une chose non-seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux qui la reçoivent pour nous et en notre nom. *Per procuratorem, tutorem, curatoremve, possessio nobis acquiritur* (3).

Ici deux choses doivent être considérées : 1° la volonté de celui par qui nous acquérons ; 2° la volonté de celui qui acquiert.

260. Sur le premier point, il faut, d'après les lois romaines, que celui par qui nous voulons acquérir appréhende la chose avec la conscience de ce qu'il fait et la volonté de posséder, non pour lui, mais pour nous (4).

Ainsi j'envoie un fou prendre possession de l'héritage que j'ai acheté ; je n'acquerrai pas la possesion. *Si furiosum* SERVUM *miseris ut possideas, nequaquàm videris apprehendisse possessionem* (5).

Ainsi, si je charge mon procureur de prendre possession d'un immeuble en mon nom, et qu'il l'occupe pour lui, je n'en ai pas la possession (6).

Pothier approuve ces décisions (7). La seconde me paraît incontestable, pourvu toutefois que le procureur manifeste son intention de faire autre chose que ce que son mandat lui imposait de faire ; car, s'il gardait pour

---

(1) *Suprà*, n° 237.
(2) N° 48.
(3) Paul, l. 1, § 20, D. *de Acq. possess.* Pothier, n° 49. *Voy.* d'ailleurs le texte de notre article.
(4) Paul, l. 1, § 9, 10, 19, 20, D. *de Acq. possess.*
(5) Paul, l. 1, § 9, *loc. cit.* Notez bien que c'est d'un esclave, d'un serviteur, qu'il s'agit.
(6) Paul, l. 1, § 20.
(7) N°s 50 et 51.

lui son secret, ses actes de possession réfléchiraient sur son mandant (1).

Mais en est-il de même de la première? Je suis fort enclin, je l'avoue, à voir avec Brunemann (2) d'inutiles questions dans ces difficultés soulevées par les jurisconsultes romains. *Sed quia hodiè*, dit ce jurisconsulte, *hæc parùm utilitatis spirant, hæc transmittam.*

D'abord, s'agit-il d'une prise de possession après une vente? qu'importe entre mon vendeur et moi, que celui qui se présente à lui pour prendre tradition, et qui lui montre mon mandat, soit fou ou ne le soit pas, surtout si, lui, vendeur, s'est prêté sans difficulté à l'accomplissement de ma commission? Où est son intérêt, particulièrement aujourd'hui que le domaine des choses se transfère sans tradition et par le seul consentement?

La contestation s'élevera-t-elle entre un tiers-acquéreur et moi? mais elle ne sera pas moins inutile, puisque ce sera par la date de nos titres, et non par la date de nos possessions respectives, que le débat devra se terminer.

La possession de l'immeuble m'est-elle contestée par un tiers qui s'en prétend propriétaire, et auquel j'oppose la possession? on conçoit que ce tiers ait alors un intérêt réel à retrancher le plus possible de ma possession; mais sera-t-il fondé à faire considérer comme insuffisans les actes possessoires que mon mandataire, en état de démence, aura faits sur les lieux? Pour moi je n'en aperçois pas la raison. Cet insensé qui a cultivé pour moi était, dites-vous, dans un état machinal; mais, d'abord, qui vous a dit qu'il n'avait pas un in-

---

(1) C'est l'observation de Voët, *ad Pand.*, *de Acq. poss.*, n° 8. *Infrà*, n° 230.

(2) Sur la loi 1, § 5, D. *de Acq. possess.*, n° 10.

tervalle lucide? qui vous a dit que sa démence, évidente sous tout autre rapport, l'empêche de bien tracer un sillon, ou de bien planter une haie, ou de faire une clôture? Faites attention qu'il s'agit ici de fait, et non de droit; *possessio est facti non juris*. Vous insistez sur ce qu'il ignorait ce qu'il faisait : accordons-le; mais quelle nécessité y a-t-il que j'initie les ouvriers que j'emploie au secret de mes affaires? Quelle nécessité que je leur dise : « Allez travailler sur tel terrain, « et surtout n'oubliez pas de diriger votre attention « sur un point unique, savoir, que c'est pour moi, « pour me rendre propriétaire, que vous travaillez? » Mes ouvriers, mes mandataires, sont mes instrumens : si l'intelligence de ce qu'ils font leur manque, je la supplée, je la dirige, et cela suffit. Ils agissent machinalement; moi, j'imprime à l'acte un sens, un but qu'ils peuvent très-bien ignorer, mais qui n'en est pas moins l'expression de mon droit de propriété. Que diriez-vous si j'envoyais mes bestiaux pâturer dans le champ litigieux? Prétendriez-vous que, n'ayant pas conscience de ce qu'ils font, les actes de possession sont insignifians? De près ou de loin, n'est-ce pas moi qui les pousse, et qui donne une pensée à ce qu'ils font machinalement?

On pourra ajouter avec plus de spécieux que le tiers avec lequel je conteste, n'ayant trouvé à l'origine de la possession qu'un acte d'appréhension émanant d'un insensé, n'y a attaché aucune importance, et n'a vu là qu'un trait de folie contre lequel il n'a pas cru devoir sérieusement protester; qu'il aurait procédé peut-être tout autrement si le fait eût été l'œuvre d'un adversaire agissant avec intention.

L'objection serait bonne s'il s'agissait d'un acte unique qu'on peut dédaigner, parce qu'il ne cause pas de préjudice; mais il en est autrement quand il est

question de faits nombreux de possession, de faits répétés pour fonder un droit rival de la propriété. Il n'y a pas de propriétaire qui, parce qu'un homme est insensé, lui permette de se servir en maître de son héritage pendant un temps suffisant pour prescrire. Le véritable fou ne serait pas le possesseur, mais celui-là seul qui lui accorderait une si longue tolérance. D'ailleurs, dans la position de mandataire où est l'individu dont nous parlons, il est impossible que l'intérêt du mandant ne se soit pas mis souvent à découvert, et n'ait pas éveillé l'attention du propriétaire contre qui la prescription a couru. Ce dernier n'aura pas manqué de demander à l'ouvrier qui travaille sur son terrain quel est son but, quel est le maître qui lui paie sa journée, quel est celui pour qui il travaille. Disons donc que la loi romaine dont nous avons parlé ne doit pas être suivie dans notre droit; elle est incompatible avec nos idées, je dirai presque avec notre raison, ennemie des subtilités (1).

261. En ce qui touche la volonté de celui qui acquiert, il faut, de la part de celui-ci, une intention réelle de profiter de la possession. Ainsi on ne devient pas possesseur lorsqu'on ignore l'appréhension, et qu'on n'a pas donné l'ordre de l'opérer. Les lois romaines poussaient si loin la rigueur de cette maxime, que, si un *negotiorum gestor* achetait une chose pour un de ses amis à qui il voulait rendre service, et la recevait pour ce dernier et en son nom, la possession n'était acquise à celui-ci que lorsqu'il avait avis de l'achat et l'avait ratifié (2).

---

(1) Voy. *infrà*, au t. 2, n° 934. On y trouvera que les Romains pensaient que, lorsque le procureur était de mauvaise foi, le mandant de bonne foi ne pouvait usucaper, parce que la mauvaise foi de son représentant réfléchissait sur lui. Mais il est inutile de dire que cette opinion ne peut être adoptée chez nous.

(2) Ulp., l. 42, § 1, D. *de Acq. possess.*

Pothier a reproduit cette décision dans son ouvrage sur la possession (1); mais je la crois inadmissible en droit français : la ratification aurait, à mon avis, un effet rétroactif.

262. La possession une fois acquise, il faut passer de son point initial aux moyens par lesquels elle se conserve.

Nous retenons la possession non-seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux qui nous représentent, tels que colons, locataires, fermiers, usufruitiers (2). C'est ce qui fait dire à Loisel : *Le viager conserve la possession du propriétaire* (3).

263. La possession n'a pas besoin, pour se conserver, d'un fait corporel extérieur : l'intention suffit. C'est en quoi l'acquisition de la possession diffère de la conservation de la possession. *Licet possessio*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, *nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest* (4). Remarquez toutefois que cette possession intentionnelle n'a pas toujours les mêmes avantages que celle qui se traduit en faits corporels et extérieurs (5).

Cette volonté de conserver la possession se maintient toujours, tant qu'une volonté contraire ne se manifeste pas. Ainsi, si un propriétaire abandonne la culture de son héritage, ce n'est pas une raison de croire qu'il en a abandonné la possession. *Si ergo*, disent les mêmes empereurs, *prædiorum désertam posses-*

---

(1) No 53.

(2) Art. 2228 : *Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus* (l. 25, § 1, D. *de Acq. possess.*), *et generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessionem, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur* (l. 9, *de Acq. possess.*).

(3) Liv. 5, t. 4, no 3. *Junge* Jean Desmares, décis. 34 et 108.

(4) L. 4, C. *de Acq. possessione.* Dunod, p. 17.

(5) Voy. *suprà*, no 245.

sionem, non derelinquendi affectione, transacto tempore non coluisti, sed, motus necessitate, culturam eorum distulisti, præjudicium ex transmissi temporis injuriâ generari non potest.

Il y a d'ailleurs des propriétés qu'on ne peut exploiter par des actes quotidiens et sans cesse répétés : tels sont les pâturages qu'on abandonne une grande partie de l'année, les bois qu'on ne fréquente que dans le temps des coupes. Aussi Paul dit-il : *Saltus hibernos æstivosque animo possidemus, quamvis eos certis temporibus relinquamus* (1).

Nous reviendrons sur ceci dans notre commentaire de l'article 2229, quand nous parlerons de la continuité de la possession nécessaire pour prescrire. Nous ferons une distinction importante qu'il faut consulter (2).

264. J'ai dit que l'intention suffit pour retenir la possession acquise; mais il n'est pas nécessaire que cette intention soit toujours vigilante et active; elle se continue de droit pendant le sommeil de l'homme, pendant les éclipses de sa raison; elle persévère tant qu'une volonté contraire ne vient pas la détruire et la remplacer (3).

Remarquez toutefois que, si le droit que l'on possède est un démembrement de la propriété d'autrui, une possession intentionnelle ne suffira pas pour prouver à ce dernier qu'on n'entend pas abdiquer ce droit : il faudra que la possession se réalise de temps en temps par quelques actes extérieurs, pour échapper à la prescription extinctive. Il en est de même dans tous les cas où deux droits rivaux s'exerçent sur la même chose :

---

(1) L. 3, § 11, D. *de Acq. possess.*

(2) *Infrà*, n° 337.

(3) Pothier, n° 56.

Celui qui se maintiendrait *corpore et animo* finirait, au bout de trente ans, par exclure celui qui ne prendrait son point d'appui que dans une intention non révélée. Nous insisterons sur ce point quand nous parlerons, sur l'article 2229, de la possession pour acquérir (1).

Les actes extérieurs nécessaires pour conserver un droit acquis n'ont pas besoin d'être aussi fréquens et aussi irréprochables que ceux qui sont exigés pour faire acquérir un droit qu'on n'a pas. La raison indique cette différence.

A cette assertion se rattache l'examen d'une question jugée par la cour de cassation, par un arrêt auquel il nous est impossible de donner notre assentiment.

Delbos possédait un droit d'usage pour bois à brûler dans une forêt appartenant à la famille Saluces. Le titre constitutif, d'accord avec les réglemens forestiers, interdisait à l'usager de se servir par ses propres mains (2); mais Delbos se permit de faire des coupes sans délivrance préalable, et, par jugement du tribunal correctionnel de 1823, il fut condamné en des dommages et intérêts. Plus tard, Delbos demande un cantonnement; mais Locard, représentant Saluces, oppose la prescription : il se fonde sur ce que Delbos n'a fait que des coupes illégales et sans délivrance; qu'il s'est livré à une série de délits qui sont exclusifs de l'idée de possession. Arrêt de la cour de Riom du 27 juillet 1827, qui repousse la demande en cantonnement, sous prétexte que Delbos a laissé prescrire son droit, en ne jouissant que d'une manière illégale, ce qui équivaut au non usage; et, sur le pourvoi, arrêt de la section des requêtes en date du 27 janvier 1829, qui

(1) *Infrà*, n° 337.
(2) *Infrà*, n° 404.

est ainsi conçu : « Attendu que la prescription est « acquise par le laps de trente ans; qu'elle aurait « pu être interrompue par des faits de possession pu« blique et paisible, mais non par un fait caractérisé « délit, puni comme tel par un jugement de police cor« rectionnelle contre lequel on ne s'est pas pourvu (1). »

Le mal jugé de cet arrêt est d'une évidence palpable; il ne sera pas difficile de le prouver.

Sans doute, si Delbos n'avait fait en trente ans qu'un seul acte de jouissance, et qu'on le lui eût fait expier par un jugement de police correctionnelle et des dommages et intérêts, Delbos n'aurait pas possédé son affouage : car on le lui aurait retiré des mains; on l'aurait forcé à payer en argent ce qu'il aurait indûment retiré en nature. En d'autres termes, c'est comme si Delbos n'eût jamais joui.

Mais les faits n'étaient pas tels : on n'opposait à Delbos qu'un seul jugement correctionnel, tandis qu'il se prévalait, en revanche, de faits habituels de prise de bois. Il est vrai qu'on lui disait : « Chaque coupe est un délit punissable et constitue une possession illégale. » Sans doute il y avait délit, et, si on eût chaque fois poursuivi Delbos, on aurait pu le faire condamner en des dommages et intérêts; mais l'avait-on fait? Non! une seule fois en trente ans cela était arrivé; une seule fois en trente ans Delbos avait été obligé de rendre, par forme de dommages et intérêts, ce qu'il avait enlevé sur le parterre de la forêt : donc, toutes les autres fois, Delbos avait profité de ses entreprises, et il avait appliqué ce bois coupé à ses besoins; donc l'émolument qu'il avait perçu ne lui avait pas été retiré; donc il avait joui réellement. Je conviens toutefois qu'il y avait abus dans sa jouissance : il aurait dû s'abstenir de se servir par ses

(1) Dall., 29, 1, 121. *Palais*, 1829, t. 2, p. 328.

propres mains; mais je demande à quiconque ne veut pas se laisser aller à des licences fâcheuses d'interprétation, si l'abus de jouissance peut être assimilé au défaut de jouissance, si l'on peut dire de quelqu'un qui a excédé ses droits qu'il n'en a pas usé !! Quelle était la question? De savoir si Delbos avait laissé perdre son droit par non usage : or, dès l'instant qu'il avait été jusqu'à abuser, était-il sérieux de dire qu'il s'était abstenu? Qu'on dise tant qu'on voudra que Delbos était répréhensible, j'y consens; mais, de tous les moyens de le punir d'avoir mal joui, la déchéance prononcée contre quiconque n'a pas joui du tout était le plus forcé. On ne fera jamais admettre que l'individu qui use jusqu'à l'excès puisse être vaincu par la présomption de renonciation, et que la prescription entraîne avec elle.

Il faut considérer ensuite que les mauvais moyens employés pour retenir la possession ont une portée et une efficacité que n'ont pas les mêmes moyens employés pour acquérir (1) : c'est un principe de tous les temps. Aussi M. Merlin enseigne-t-il positivement, sur la matière qui nous occupe, la doctrine suivante (2) : « S'il est vrai qu'un usager qui, en vertu d'un titre « tout récent et non encore exécuté, aurait exercé « pendant un an les droits d'usage sans acte préalable de délivrance, aurait par cela seul acquis le « droit d'intenter complainte contre le propriétaire « lui-même qui viendrait l'y troubler, à plus forte raison doit-on en conclure que si, après avoir exercé « légalement ses droits d'usage pendant une longue « suite d'années, il en a continué illégalement l'exercice, cette continuation suffit pour le maintenir dans

(1) *Infrà*, n° 418, on verra la disposition des lois romaines.
(2) *Quest. de droit*, v° *Usage*, supplément, p. 485, *in fine*.

« sa possession, et par conséquent pour mettre ses « droits à l'abri de la prescription trentenaire (1). »

265. Malgré l'adage trop général et si souvent fautif : *Mors omnia solvit*, la mort du possesseur n'arrête pas le cours de la possession qu'il avait commencée de son vivant. D'après notre célèbre principe : *Le mort saisit le vif*, la possession du défunt se transporte sans interruption sur la tête de son successeur, même avant que ce dernier ait eu connaissance de l'ouverture de la succession, et ait pu avoir la volonté de l'accepter (2). La raison en est (3) que l'héritier est une continuation de son auteur, et que la possession qui passe *sur lui* n'est qu'une suite de ce qui existait déjà. Il n'est donc pas nécessaire que l'héritier ait une volonté positive de posséder : il suffit qu'il n'ait pas une volonté négative.

266. Il faut même dire que, si la succession était vacante, la possession ne se prolongerait pas moins, quoique une succession abandonnée soit un être moral incapable de volonté (4). On suppose, dans les principes du droit français, que la volonté du défunt fait, pour ainsi dire, partie de sa succession, qu'elle lui survit et se continue pour conserver le fil qui unissait la chose à son ancien maître, aujourd'hui représenté par la succession.

---

(1) L'arrêt de la cour de cassation dont je viens de parler est aussi critiqué par M. Vazeille (t. 1, p. 69), qui cependant cède ordinairement avec docilité aux décisions de la cour suprême. Néanmoins, la cour de cassation y a persisté par arrêts des 6 février 1833 et 3 août 1833 (Dall., 33, 1, 170), qui sont des arrêts de cassation. Voy. *infrà*, n° 548. La cour de Limoges a jugé le contraire par arrêt du 19 janvier 1831 (Dall., 31, 2, 196), et l'on pourrait peut-être opposer la cour de cassation à elle-même, en se prévalant des énonciations d'un arrêt du 29 novembre 1825 (Dall., 26, 1, 16).

(2) Pothier, n° 57. Dunod, p. 21.

(3) *Infrà*, n° 430.

(4) Pothier, *loc. cit.*, n° 58. Dunod, p. 21. *Infrà*, n° 429.

267. Lorsque mon fermier vient à mourir, et que la chose se trouve entre les mains de son héritier, je la possède par cet héritier, quand même le bail aurait cessé et que l'héritier fût un étranger pour moi. *Hæredem coloni, quamvis colonus non est, domino possidere existimo* (1). La raison en est que la possession du défunt se continue dans sa succession avec les caractères qu'elle avait du temps qu'il vivait.

268. Le cours de la possession subsisterait également, quand même mon fermier voudrait posséder non plus en mon nom, mais au sien (2); car nous verrons, en commentant l'article 2240, que l'on ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession.

269. Si l'héritier de mon fermier, ignorant que la chose m'appartenait, la possédait comme propre à son auteur, cette erreur ne porterait aucun préjudice à la durée de ma possession; car, sa possession ne pouvant être que celle de son auteur, elle s'est continuée, sur sa tête, précaire et pour autrui, et il n'a pu, par sa croyance inexacte, changer les causes de sa possession (3).

270. La perte de la possession (4) doit nous occuper comme sa naissance et sa conservation.

Nous perdons la possession malgré nous lorsque, par quelque fait, il devient impossible au possesseur d'agir physiquement sur la chose; c'est ce qui arrive :

1° Lorsqu'une personne s'empare par violence ou vol du meuble qui nous appartient (5);

2° Lorsque nous le perdons (6) : ce qui s'applique au cas où des animaux domestiques se sont égarés, où

(1) L. 60, § 1, D. *de Acq. possess.*
(2) Pothier, n° 60.
(3) Pothier, n° 62.
(4) M. de Savigny, §§ 29, 30 et 31.
(5) Caïus, l. 15, D. *de Acq. possess.*
(6) L. 25 et l. 13, D. *de Acq. possess.* Pothier, n° 80.

les animaux sauvages se sont échappés, où des animaux apprivoisés ont perdu l'habitude du retour (1); mais je ne suis pas censé avoir perdu la possession de ma chose lorsque, n'étant pas sortie de ma maison, elle s'y est seulement égarée (2), ou lorsque, n'ayant pas été déplacée, j'ai oublié la place où je l'avais mise; car, comme dit Papinien, *Nec infirmitatem memoriæ damnum afferre possessionis quam alius non invasit* (3);

3° Lorsque, par un évènement indépendant de sa volonté, le possesseur est dépossédé ou chassé (4), il est censé chassé lorsque c'est son fermier, son locataire, son gardien qui a été expulsé, et la dépossession commence au moment même où ces individus *ont été* obligés de se retirer, quoique le maître n'en fût pas encore informé (5). Il y a également expulsion lorsque le possesseur qui s'était absenté, revenant dans son héritage, est repoussé (6), ou n'ose pas y rentrer par crainte des violences qui le menacent (7). D'après le droit romain, sa possession durait jusqu'au moment de l'expulsion : *Usquè eò possidemus, donec revertentes non aliquis repellit* (8). Il était de principe, en effet, qu'on conservait la possession *animo* tant qu'on ignorait que la chose fût possédée par un autre, et la possession de celui-ci, étant réputée clandestine, n'était pas attributive de droits. Mais, dans le droit français, il en est autrement; nous n'exigeons pas que celui qui possédait ait connaissance de l'évènement qui le dé-

(1) Paul, l. 3, § 13, D. *de Acq. possess.*
(2) Paul, l. 3, § 13, *de Acq. possess.*
(3) L. 44, D. *de Acq. possess.* Pothier, n° 81.
(4) Paul, l. 3, § 17, et l. 30, § 3, D. *loc. cit.*
(5) Ulp., l. 1, § 22, D. *de Vi et Vi armatâ.*
(6) Pomponius, l. 25, § 2, D. *de Acq. possess.*
(7) Julianus, l. 33, § 2, D. *de Usurpat.*
(8) L. 25, § 2, D. *de Acq. possess.*

pouille, et, dès le moment que son adversaire s'est mis en possession publique, au su de tout le voisinage, il est réputé possesseur, quand même celui qui possédait avant lui aurait ignoré sa dépossession (1).

Enfin, il y a dépossession lorsque la possession, quoique conservée par la volonté, *animo*, a été remplacée sans violence par la possession effective et corporelle d'un tiers qui a joui de la chose et en a retiré les produits (2).

Je ferai remarquer toutefois que la dépossession de fait de celui qui avait une possession annale n'est considérable, en droit, qu'autant qu'elle a duré l'an et jour (3) : tant que ce délai n'est pas écoulé, il n'y a pas interruption juridique de la possession. Le possesseur, privé de sa jouissance, peut exercer une action possessoire pour la recouvrer (4), et sa réintégration produit un effet rétroactif, en sorte qu'il est censé avoir possédé par l'usurpateur qui s'est mis à sa place.

4° Lorsque la chose est détruite; par exemple, si l'héritage est englouti par la mer ou par la rivière. *Quod mari aut flumine occupatum sit possidere nos desinimus* (5).

Mais cela ne doit pas s'appliquer à une inondation

---

(1) Argou, t. 1, p. 224.

(2) *Suprà*, n° 243.

(3) Argum. de l'art. 2243, C. civ.

(4) C'est ce qu'exprime Ulpien, l. 17, D. *de Acq. possess.*; et Brunemann a ainsi commenté sa pensée : *Qui ab alio dejicitur* HABENDUS EST PRO EO AC SI POSSIDERET, QUIA ACTIONEM HABET *ad recuperandam possessionem. Sed exindè non infertur quod verè possideat, sed perindè haberi debere quasi verè possideret, cum interdicto* UNDE VI *possessionem recuperare possit, et habetur pro possessore ratione commodi sui, quoad res, fructus et damna, non in sui gravamen. Sed verè possidet dejector.*

(5) L. 30, § 3, D. *de Acq. possess.*

passagère ; nous retenons la possession en attendant que la rivière se retire (1).

5° Lorsqu'il y a transformation d'une espèce en une autre ; par exemple, si avec de la laine on fait un habit, je ne possède plus la laine (2), mais je possède l'habit qu'elle a servi à faire (3).

271. Nous perdons la possession par notre volonté, soit par une renonciation translative, soit par un abandon pur et simple :

Par une renonciation translative, lorsque nous en faisons la tradition à autrui pour l'en investir à notre place ;

Par un abandon pur et simple, lorsque, par exemple, nous jetons à la mer l'objet qui nous est *inutile*.

272. Il faut nous occuper maintenant de l'étendue de la possession : ce point est très-important en matière de prescription. On connaît la règle célèbre : *Tantùm prœscriptum quantùm possessum* : pour l'appliquer sainement, nous devons nous faire des idées justes sur la portée de la possession et sur le cercle qu'elle embrasse.

Lorsqu'un objet est susceptible de division, et qu'on n'en possède qu'une partie, par exemple, la moitié, ayant telle contenance au nord ou au midi, on ne pourra se prévaloir d'une présomption de propriété que pour cette moitié seulement (4).

Mais il en est autrement quand la chose est indivisible : la possession d'une partie entraîne celle du tout. *Sic qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur* (5).

---

(1) Pothier, n° 77. Amiens, 17 mars 1825 (Dall., 28, 1). *Infrà*, n°s 549 et 342.

(2) Paul, l. 3, § 3, D. *de Acq. possess.*; l. 30, D. *de Usurpat.*

(3) M. Blondeau, *Chrest.*, p. 243, note 2.

(4) Dunod, p. 25 et 26. *Infrà*, n° 277, *Limitation.*

(5) L. 8, § 1, D. *Quemad. servit. amit.*

Si la possession n'a embrassé qu'un démembrement de la propriété, comme une servitude, un droit d'usage, un droit de superficie, il ne faudra pas l'étendre au-delà : elle n'attaquera pas la propriété même ; elle devra être circonscrite dans le cercle du démembrement sur lequel elle se sera exercée. L'intention du possesseur ne peut être jugée que par ses actes : s'il s'est borné à passer, il n'a donc entendu posséder qu'un droit de passage !! s'il s'est borné à recueillir des fruits pour ses besoins, il n'a donc voulu posséder qu'un droit d'usage.

273. Toutefois, il est souvent difficile de distinguer si les actes de possession ont eu en vue un démembrement de la propriété ou la propriété même. J'ai souvent vu des difficultés s'élever à cet égard, lorsqu'il s'agissait de l'acquisition par la possession de terrains vains et vagues, qui ne fournissent que de rares produits, et qui ne sont pas susceptibles de culture. Y mener paître les troupeaux, y couper des broussailles ou des bruyères, y faire stationner des charrettes, sont-ce là des actes de tolérance, ou des actes de servitude, ou des actes de propriété? Tout dépend des circonstances, et il faut surtout s'aider d'une distinction.

Si le maître du fonds sur lequel s'est exercée la possession est connu, et qu'il s'agisse de savoir seulement si la possession l'a privé d'un démembrement de sa propriété, ou bien si elle l'a privé de la propriété même, on devra interpréter l'acte équivoque dans le sens le plus favorable à celui *qui certat de damno vitando*. Il ne faut pas dépouiller facilement un propriétaire de son héritage.

Mais si le maître de la propriété n'est pas connu, et si la possession est invoquée comme moyen de trouver ce maître, les faits de possession doivent être envisagés d'un point de vue différent. On ne peut pas

dire à celui qui a possédé : *Vous n'avez voulu acquérir qu'une servitude;* car qu'est-ce qu'une servitude? C'est un droit sur le fonds d'autrui, et, pour affirmer qu'il y a droit sur le fonds d'autrui, il faut que le propriétaire soit connu. On doit donc se montrer plus enclin à voir dans les actes de possession des indices d'une pleine propriété.

C'est suivant cette distinction qu'il a été souvent décidé, à ma connaissance, que les actes dont j'ai parlé ci-dessus étaient, lorsqu'ils étaient fréquemment réitérés et non contrariés, des preuves d'une possession *animo domini,* de nature à conduire à l'acquisition de la propriété (1). Les mêmes difficultés se sont élevées lorsque deux parties se disputaient la propriété d'un chemin, et la même distinction est venue les aplanir. J'ai vu juger, par exemple, que le passage des habitans d'une commune sur un chemin dont la propriété était contestée entre deux parties n'ayant respectivement aucun titre à alléguer, la réparation des ponts, l'entretien de la chaussée aux frais de cette commune, indiquaient bien plutôt une possession à titre de propriétaire de ce chemin qu'un droit de servitude (2). Tout, en cette matière, dépend des circonstances. Le juge se pénétrera de cette idée exprimée par Domat, savoir, que les marques de la possession sont diffé-

(1) La cour d'Amiens a même décidé, par arrêt du 17 mars 1825, dans une espèce où il s'agissait de l'acquisition des relais de la mer par la prescription, que la commune qui prétendait en avoir acquis la propriété par une possession privative avait fait preuve d'une possession certaine et non équivoque, en justifiant que de tout temps elle avait conduit ses troupeaux à la pâture sur ces terrains, parce que ce mode de jouissance est le plus usité et le plus ordinaire pour des terres de cette nature (Dall., 28, 1, 342). Mais voy. *infrà*, nos 388 et 389, sur l'art. 2232, arrêts et opinions contradictoires, et nouvelles observations.

(2) Nancy, arrêt inédit du 27 février 1826, entre d'Apremont et la commune de Tillonbois.

rentes, suivant la diversité de nature des choses auxquelles elle s'applique (1).

274. La possession d'une chose fait présumer la possession des accessoires; et réciproquement, la possession d'une partie fait souvent présumer la possession du tout (2).

Là-dessus les lois romaines nous offrent de curieuses distinctions.

Si une chose se compose d'élémens divers, rapportés et contigus, de corps différens liés les uns aux autres, comme une maison, un vaisseau, la possession de l'édifice n'entraîne pas la possession de ses parties. Ainsi, suivant Javolenus, si la maison possédée vient à être démolie, il faudra de nouveau posséder, pendant le temps voulu pour prescrire, les matériaux-meubles dont elle se compose, pour pouvoir se dire propriétaire de ces matériaux. Le temps pendant lequel on a possédé la maison ne comptera pas pour l'usucapion des matériaux; car on ne les a pas possédés seuls et séparés de l'édifice; on les a possédés non comme meubles distincts, mais comme maison. Il impliquerait contradiction que la même chose fût possédée à la fois et comme meuble et comme immeuble (3).

C'est pourquoi Caïus nous donne la décision suivante : « Un individu bâtit une maison avec les matériaux d'autrui; il la vend, et l'acquéreur, après l'avoir possédée pendant le temps nécessaire pour l'usucapion, la démolit : le maître de la matière pourra-t-il revendiquer les matériaux? La raison de

---

(1) Lois civiles, liv. 3, t. 7, sect. 1, no 4. *Infrà*, nos 337 et 338. *Voy.* un arrêt de la cour de Caen du 14 juillet 1825, qui décide que la possession des arbres venus sur la berge d'un fossé ne fait pas acquérir la propriété de la berge, mais seulement les arbres percrus qu'on a élagués, défruités, etc. (Dall., 25, 2, 206, 207).

(2) *Infrà*, no 341 (note), l'opinion de Favre.

(3) L. 23, § 1, D. *de Usurpat.*

« douter est que, l'édifice ayant été acquis par prescription, les choses singulières dont il se compose « sont censées avoir été comprises dans l'usucapion. « Mais cette opinion n'est pas admissible (1). »

Du reste, si ces matériaux eussent été d'abord possédés comme meubles distincts, et qu'ensuite, pour les utiliser, on les eût fait entrer dans la construction d'une maison, le temps de leur adhésion à l'édifice qu'on aurait possédé serait utile pour l'usucapion (2).

Les jurisconsultes romains reconnaissaient aussi que le propriétaire d'une maison était censé posséder les choses mobilières placées dans cette maison, comme les pierres précieuses, l'argenterie; car ces choses ont une existence propre et distincte (3).

On aperçoit au premier coup-d'oeil tout ce qu'il y a d'inapplicable à notre droit français dans cette distinction que les jurisconsultes romains font entre la totalité de la chose et ses parties constituantes. Elle tenait (4) aux principes particuliers des Douze-Tables (5), qui ne permettaient pas au propriétaire dont on avait pris les matériaux pour construire une maison de les revendiquer, pour ne pas déformer par des ruines l'aspect de la ville; mais qui en même temps ne voulaient pas que la prescription courût contre lui pendant la jonction des matériaux à l'édifice, de telle sorte qu'il pût les revendiquer lors de leur séparation (6). Mais notre droit est tout différent, et il est certain que la possession d'une maison conduit naturellement à la

(1) L. 7, § 11, D. *de Acq. rer. dom.*

(2) Pomponius, l. 30, § 1, D. *de Usurpat.*

(3) *Id.* Voy. là-dessus Voët, *de Usucap.*, n° 11. Connanus, lib. 3, cap. 14, n° 6.

(4) Connanus, *loc. cit.*

(5) Table 6e.

(6) *Voy.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 120.

prescription des matériaux dont elle est composée. J'ai dû faire cette observation, parce que j'ai vu tirer quelquefois un mauvais parti des lois que j'ai rappelées ci-dessus.

275. Lorsque l'on possède une chose composée de plusieurs corps distincts et séparés, mais unis sous un même nom, comme un troupeau, un haras, on possède bien plus chacune des parties individuelles qui la constituent que la chose elle-même. *Tamen universi gregis ulla est usucapio; sed singulorum animalium sicuti possessio, ità et usucapio* (1). — *Singulæ oves suam causam habebunt : ità ut, si quæ furtivæ erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiuntur* (2). Cette décision est tout-à-fait logique.

Ainsi, j'achète un troupeau dans lequel il y a deux brebis volées : la possession que j'aurai de ce troupeau me permettra bien de me prévaloir de l'article 2279 du Code civil, en ce qui concerne les animaux qui n'ont pas été volés; je pourrai repousser celui qui voudra les revendiquer par la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre;* mais il n'en sera pas ainsi en ce qui concerne les brebis volées. Il faudra que je les possède pendant trois ans avec bonne foi, pour pouvoir faire déclarer le demandeur non-recevable. Ainsi, chaque corps distinct du troupeau est sujet à une possession spéciale (3).

276. C'est pour cela que, si un individu commence à posséder un héritage, et puis y réunit des champs voisins, il y aura autant de possessions diverses que de parcelles distinctes dont l'immeuble se sera successivement augmenté. *Partes quæ emptione fundo adji-*

---

(1) Javolenus, l. 30, § 2, D. *de Usurpat.*

(2) *Id.*

(3) *Infrà*, n° 1065.

conserver ou l'acquérir, on passe vite aux voies de fait et aux violences. Il fallait donc qu'elle s'interposât, afin de prévenir des discordes redoutables; il fallait qu'elle prît des mesures salutaires pour empêcher que, sous prétexte d'un droit de propriété souvent équivoque, on ne vînt déposséder ou inquiéter celui qui, par une possession suffisante, est présumé propriétaire. Pour que la propriété attire à elle la possession qu'elle soutient être injustement séparée d'elle, elle doit se présenter certaine, évidente, non contestée; le premier point à obtenir de la part de celui qui, n'ayant pas la possession, veut la conquérir, c'est donc de faire juger contradictoirement qu'il est *propriétaire* : tant que ce point n'est pas mis hors de toute controverse, la possession reste à celui qui la détient, avec les conditions nécessaires pour qu'il soit provisoirement réputé propriétaire. Il suit de là que si le possesseur, ainsi protégé par la volonté et la présomption de la loi, vient à recevoir des échecs dans sa jouissance, il a une action pour se faire maintenir. De là la nécessité des actions possessoires, par lesquelles la possession se fait respecter par les tiers.

Nous allons nous en occuper ici, car elles sont le nerf de la prescription, en lui conservant son élément primordial; mais, avant tout, nous ferons observer que, dans le droit français, les actions possessoires de complainte et réintégrande n'ont lieu que pour les immeubles ou pour les universalités de meubles. Quant aux meubles considérés individuellement, on ne peut en obtenir la possession qu'en prouvant qu'on en est propriétaire. La possession reste toujours à l'occupant, et on ne peut l'en dépouiller que par une action de revendication. En cette matière, on ne connaît pas d'action distincte sur la possession; c'est par l'occupation que le possessoire se décide, et celui qui a perdu la

possession d'un meuble, fût-elle annale, ne peut la recouvrer que par une action pétitoire ayant pour but de justifier son droit de propriété : c'est là une règle aussi ancienne que le droit français. On suivait d'autres principes en droit romain ; mais, chez nous, on a pensé que les meubles n'ont pas assez de consistance pour être l'objet de débats préliminaires sur la possession; que les traces de la possession annale d'une chose mobilière sont trop difficiles à retrouver, pour attribuer à cette possession une préférence sur l'occupation ; que l'occupation elle-même est suffisamment défendue, soit par l'action de vol, soit par la facilité de mettre les meubles à l'abri d'un coup de main ; qu'enfin l'intérêt du commerce veut qu'on ne laisse pas trop long-temps dans l'incertitude la propriété de ces objets, dont la destination est d'être soumis à une circulation rapide (1).

282. Dans le droit romain, on appelait interdits (*interdicta*) les moyens de droit qui protégeaient la possession, et empêchaient qu'elle ne devînt une occasion de violence entre les citoyens trop enclins à se la disputer. Suivant M. de Savigny, de même que la propriété donnait lieu à l'action en revendication, de même la possession, le *jus possessionis*, était la cause des interdits possessoires. Mais d'autres jurisconsultes pensent que les interdits n'avaient été établis que comme arrangement préliminaire à l'action *in rem*, comme une revendication provisoire introduite pour préparer les actions pétitoires, et que leur but était simplement de constituer, pendant la litispendance, un état de chose que ces actions régleraient ensuite définitivement (2).

---

(1) *Infrà*, n° 1043.

(2) M. Duroi (*Thémis*, t. 8, p. 1, et t. 9, p. 34). M. Blondeau, *Chrest.*, p. 274. *Suprà*, n° 232.

Il y avait deux espèces d'interdits : l'interdit *recuperandæ possessionis*, qui répond à ce que nous appelons chez nous la réintégrande, et les interdits *retinendæ possessionis*, qui correspondent à notre complainte pour trouble en cas de saisine et nouvelleté (1). On en trouve un troisième, l'interdit *adipiscendæ possessionis*, dont les livres romains parlent avec ces deux autres (2); mais, à vrai dire, cet interdit n'est pas possessoire, car celui qui veut acquérir la possession par son moyen ne possède pas et n'a pas encore possédé; et cependant une possession acquise est la condition des interdits possessoires (3). Du reste, cet interdit *adipiscendæ possessionis* n'a jamais été reçu en France, et c'est pour nous une raison de plus pour ne pas nous en occuper (4).

283. Voyons ce qui concerne les interdits *retinendæ possessionis*. Ils avaient pour but de défendre

---

(1) *Inst., de Interdictis.* Menochius, jurisconsulte italien, a composé un ouvrage intitulé : *de recuperandâ vel retinendâ Possessione.* M. Proudhon l'appelle plaisamment le *Cujas de l'Italie* (*Usufruit*, t. 8, p. 388). Un tel jugement prouve combien la littérature du droit est arriérée en France, même chez nos meilleurs auteurs. Conçoit-on, en effet, que l'on ait l'idée de comparer à Cujas, au Bossuet de la jurisprudence, à ce génie philosophique qui éclaira le droit par l'histoire, la philologie et la critique, et conçut la grande idée de recomposer les livres des jurisconsultes de Rome, mis en pièces par le ciseau de Tribonien, avec Menochius, disciple entêté de l'école bartoliste; érudit, j'en conviens, mais radicalement incapable de s'élever jusqu'à l'histoire, la philosophie, et à toutes ces grandes pensées qui rehaussent le *droit*; casuiste minutieux et sans discernement, étouffant chacune de ses propositions sous une série d'ampliations, de limitations et sublimitations qui dégoûtent la patience la plus dévouée !

Du reste, je conviens que Menochius a eu et a encore une grande vogue en Italie : il est fort précieux, en effet, pour ceux qui veulent avoir le pour et le contre sur chaque question, sans s'inquiéter de savoir où est la vérité; mais je ne crois pas que ce soit une raison pour le mettre sur la même ligne que Cujas.

(2) Paul, l. 3, D. *de Interd.* Caïus, lib. 4, § 145. Justinien, *Inst.*, § 2, *de Interd.*

(3) *Voy.* Lerminier, p. 107, 108 et 109.

(4) C'est ce que nous apprend en effet Cujas, d'après Imbert (*ad tit. Cod., undè vi*).

le possesseur d'une agression ou d'un trouble, et ils étaient accordés : 1° lorsque la force ou la voie de fait exercée contre le possesseur lui causait un dommage actuel dont il voulait obtenir réparation (1) ; 2° lorsqu'il craignait pour l'avenir des violences (2) ; lorsque, pendant un procès au pétitoire, il fallait prendre une décision sur la possession (3).

Trois circonstances devaient concourir pour que les interdits *retinendæ possessionis* fussent admissibles : 1° une possession certaine ; 2° un trouble ; 3° mais un trouble qui ne fît pas perdre la possession, ainsi que l'indique le nom *retinendæ possessionis* (4).

L'interdit donné pour conserver la possession des immeubles s'appelait *uti possidetis* (5) ; celui qui compétait pour les meubles s'appelait *utrubi*.

284. L'interdit *uti possidetis* n'était pas accordé (comme notre complainte) à celui-là seul qui avait possédé pendant l'an et jour : il suffisait d'avoir la possession au moment du litige (6). C'est là un point très-important à considérer, et une nuance très-caractéristique entre notre système des actions possessoires et le système des Romains sur les interdits.

L'interdit *uti possidetis* pouvait échouer par une double exception proposée par le défendeur. La première avait lieu quand celui-ci prouvait que le demandeur possédait *vi, vel clàm, vel precariò* (7), et qu'il tenait cette possession de lui, défendeur, et non

---

(1) Ulpien, l. 1, D. *Uti possidetis.*

(2) *Id.*

(3) Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, lib. 20, ch. 10.

(4) Ulpien, l. 1, § 4, *Uti possidetis.*

(5) Ulpien, l. 1, § 1, D. *loc. cit.*

(6) L. 1, § 8, D. *Uti possidetis.* Voy. *Infrà*, nº 302, le droit français sur ce point. *Voy.*, nº 543, une opinion fautive de M. Bigot.

(7) Ulpien, l. 1, § 5, *loc. cit.*

d'un autre (1); car peu eût importé qu'à l'égard d'un tiers la possession du demandeur fût vicieuse, c'est-à-dire, précaire, clandestine ou violente. Voilà pourquoi Venulejus disait : *Adversùs extraneos vitiosa possessio prodesse solet* (2). Pomponius ne faisait qu'appliquer cette règle dans la proposition suivante : *Qui precariò fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversùs omnes, prœter eum quem rogavit, uti potest* (3).

Le seconde exception avait lieu si l'interdit n'était pas exercé dans l'année du trouble (4).

285. Quand le demandeur était fondé, il obtenait la cessation du trouble et des dommages intérêts ; le magistrat ordonnait même quelquefois que le défendeur donnerait caution de ne plus troubler à l'avenir (5).

286. Quant à l'interdit *utrubi*, il n'était admis dans l'ancien droit qu'autant que le demandeur avait possédé pendant la plus grande partie de l'année, c'est-à-dire si, dans l'année, sa possession avait été plus longue que celle de son adversaire (6). Mais, par le droit de Justinien, cette condition ne fut plus exigée, et l'interdit *utrubi* fût assimilé à l'interdit *uti possidetis* (7). Chez nous, l'interdit pour meubles n'est pas connu (8).

---

(1) Ulpien, l. 1, § *fin.*, *loc. cit.* Paul, l. 2, D, *loc. cit.*

(2) L. 53, D. *de Acq. possessione.*

(3) L. 17, D. *de Precario.* Pothier, *Orléans*, t. 22, n° 50.

(4) Ulpien, l. 1, D. *Uti possidetis.* Pothier, *loc. cit.*, n° 52.

(5) L. 1, 4, 6, D., et l. 1, C. *Uti possidetis.*

(6) Caïus, l. 4, § 148. M. Lerminier, p. 117.

(7) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 245.

(8) *Suprà*, n° 281.

287. Voyons ce qui concerne le droit de se faire réintégrer dans la possession qu'on avait perdue par violence. Cette restitution s'obtenait par l'interdit *undè vi*.

Les Romains distinguaient deux sortes de violence : la violence armée, *vis armata*, et la violence sans armes, *vis quotidiana* : de là ces deux interdits, l'un appelé *interdictum de vi armatâ*, l'autre appelé *de vi quotidianâ*.

Pour que l'interdit *undè vi* fût accordé, fallait-il que le demandeur eût la possession, c'est-à-dire qu'il eût commencé à détenir la chose *animo domini*, *animo et affectu dominantis* ?

Dans sa célèbre oraison pour Cécina, Cicéron soutint que la possession n'était pas nécessaire quand il y avait violence armée (1). Mais M. de Savigny croit que le grand orateur ne faisait que prêter à un sophisme nécessaire à sa cause son éloquence et la subtilité de son esprit (2).

Quoi qu'il en soit, les décisions des jurisconsultes de l'empire, Ulpien et Paul, nous apprennent qu'il fallait avoir la possession soit civile, soit même naturelle (3), pour avoir l'interdit *undè vi*, et il est raisonnable de penser que cette condition s'appliquait à tous les cas de violence ; car, pour être restitué, il faut avoir perdu, et celui qui n'a pas commencé à posséder n'a pas à demander à être remis en possession (4).

La première condition pour l'admission de l'inter-

(1) Nos 8, 19, 21, 28, 29, 32.

(2) *Voy.* l'analyse de M. Lerminier, p. 119 à 122.

(3) Ulpien, l. 1, §§ 9, 10, 23, D. *de Vict. vi armatâ*. Paul, l. 4, § 28, D. *de Usurpat.*

(4) Pothier, *Orléans*, t. 22, no 41.

dit *undè vi* était donc que le demandeur fût possesseur.

La seconde, que la violence fût atroce (1), c'est-à-dire, qu'elle fût dirigée contre la personne du possesseur ou de ceux qui le représentaient (2).

La troisième, que la violence émanât du défendeur ou de ceux qui ont agi par son ordre (3). Quand le spoliateur était mort, on donnait contre son héritier l'action *in factum in id quod ad eum pervenit* (4); mais l'interdit *undè vi* n'avait pas lieu contre le successeur à titre singulier (5).

La quatrième, que la violence eût fait perdre la possession (6). Il importait peu que le possesseur eût été saisi violemment et arraché à la chose, ou bien qu'une crainte présente et réelle l'eût forcé à s'en éloigner. C'est ce que la raison indique, et ce que Cicéron s'était appliqué à prouver dans son oraison pour Cécina.

Que s'il y avait eu combat, et que le possesseur, ayant un instant succombé, reprît sur-le-champ l'avantage, il était censé conserver son ancienne possession, et l'on ne pouvait dire de lui qu'il possédait par force (7). Il n'avait fait que repousser la force par la force.

La cinquième condition était que la chose fût un immeuble. Si la violence faisait perdre la possession d'un meuble, on avait l'action de vol, ou l'action *vi bono-*

---

(1) Ulp., l. 1, § 5, *de Vi et Vi armatâ*.

(2) Cicer., *pro Cæcinâ*, cap. 16. M. Lerminier, p. 122 et 123, d'après M. de Savigny.

(3) Ulp., l. 1, §§ 12, 15, et l. 3, §§ 10 et 12, D. *de Vi*.

(4) Ulp., l. 1, § 48, et l. 3, D. *Undè vi*. Paul, l. 9, D. *Undè vi*.

(5) Ulp., l. 3, § 10, D. *Uti possid.*

(6) Ulp., l. 1, § 45, D. *de Vi*.

(7) Julien, l. 17, D. *de Vi*. Fachin, *Cont.*, 8, ch. 11.

rum raptorum, ou l'action *ad exhibendum* (1). Mais il paraît que sous les empereurs, l'interdit *undè vi* fut rendu aux meubles. C'est, du reste, une question controversée entre MM. de Savigny et Thibaut (2); mais elle a pour nous peu d'intérêt, attendu que, chez nous, les meubles ne donnent jamais lieu à une action possessoire.

288. L'effet de l'interdit *undè vi* était de ressaisir le spolié de la possession qu'il avait perdue. Si le spoliateur avait cessé de posséder, il devait rendre l'estimation de la chose (3); en outre, il pouvait être condamné à des dommages et intérêts (4).

289. Voyons quelles exceptions pouvaient être opposées à l'interdit *undè vi*.

Il paraît que, dans l'ancien droit romain, on faisait une distinction entre celui qui avait été dépouillé par la violence armée et celui qui avait été dépouillé sans armes. Celui qui avait été spolié par la violence armée était restitué, soit qu'il fût possesseur injuste, et qu'il tînt sa possession du spoliateur, *vi, clàm, precariò*; mais, s'il était chassé par une force non armée, il n'obtenait sa réintégration qu'autant qu'il prouvait qu'il ne tenait pas sa possession du spoliateur, *vi, clàm, precariò* (5). Toutefois, comme le remarque Pothier (6), ces conditions n'étaient exigées qu'à l'égard de celui que le possesseur dépouillé en dernier lieu avait en premier lieu expulsé par la force; car, à l'égard d'un tiers, elles n'étaient pas requises (7).

---

(1) Ulp., l. 1, § 6, D. *de Vi*.
(2) M. Lerminier, p. 125.
(3) Ulp., l. 1, § 42, D. *Undè vi*. Paul, l. 15, *loc. cit.*
(4) Ulp., l. 1, § 41, *loc. cit.*
(5) Cicer., *prò Cæcinâ*, nº 32. Caïus, 4, §§ 154 et 155.
(6) *Pand.*, t. 3, p. 218, nº 8.
(7) Ulp., l. 1, § 50, *de Vi armatâ*.

Par exemple, un fermier, intervertissant son titre, et ne voulant plus détenir à titre précaire, expulse le maître et possède *nomine proprio*: sa possession est violente; mais, si un tiers vient le déposséder, il lui suffira de posséder pour lui *animo domini*: le titre de fermier qu'il avait précédemment ne sera pas un obstacle, car il ne possède plus comme fermier; il a abdiqué ce titre pour posséder *proprio jure* (1).

Mais, si ce fermier est expulsé, par la simple violence non armée, par le maître qu'il avait précédemment expulsé, il sera repoussé par une exception invincible; car, en effet, à l'égard du défendeur, il possède *vi, clàm, precariò*: s'il est expulsé par la force armée, il aura l'interdit, bien qu'il possède *vi, clàm, precariò*.

Tel était l'ancien droit romain.

Mais, par la suite, cette jurisprudence fut abrogée; on ne distingua plus entre la violence armée et la violence non armée, et il fut décidé que l'individu privé par la force de sa possession serait avant tout restitué, sans examiner son titre, et quand même il posséderait injustement et violemment à l'égard du possesseur. C'est ce que nous apprend Justinien dans ses *Institutes* (2).

Une seconde exception se tirait du laps de temps; le préteur ne recevait l'interdit de *vi quotidianâ* que

---

(1) L. 11, D. *de Vi armatâ*. Pothier, *loc. cit.*, p. 218, note 6.

(2) *De Interdictis*, § 6. *Junge* Corvinus, *Enarrat.*, lib. 8, t. 4, p. 601, col. 1 et 2. Perezius, *Prælect. ad Cod.*, *de Interd.*, n° 4. Vinnius s'en explique en ces termes : *Interdictum* UNDE VI *propositum est etiam ei qui vitiosè priùs possidebat, id est, vel vi, vel clàm, vel precariò*, ETSI AB EO QUI DEJECIT. *Nam hoc generaliter placuit, veterain distinctione repudiatâ.* — *Junge* Menochius, *de Recup. possess.*, remed. 1, n° 384, et *de Retinend. possess.*, n° 252, et Fachin, *Cont.*, liv. 8, ch. 11.

dans l'année utile (1); mais, pour ce qui concerne l'interdit de *vi armatâ*, il n'y avait pas de prescription du temps de Cicéron (2).

Voilà quelle était la théorie des interdits. Plusieurs écrivains, parmi lesquels on doit compter Cujas (3), ont enseigné que, dans le dernier état du droit, ce système était entièrement abandonné, et que celui qui avait été dépouillé de la possession par violence, par vol ou par crainte, ou par toute autre cause, n'avait plus qu'une action appelée *actionem momentariæ possessionis*, qui avait pris la place des anciennes formules (4); mais M. de Savigny veut que l'extension de l'interdit *undè vi* à d'autres cas que celui de violence (5) n'ait pas empêché le droit ancien de subsister dans tout ce en quoi il n'y avait été dérogé.

290. Nos actions possessoires ont beaucoup de rapport avec les interdits des Romains; c'est cependant une question que de savoir si elles en dérivent. Le doute vient de ce que quelques auteurs ont cru trouver dans la loi des Francs des traces d'une institution qui rappelle celles que nous venons d'esquisser.

On lit en effet ce qui suit dans le quarante-septième titre de la loi salique, intitulé : *De eo qui villam alienam occupaverit, vel si duodecim mensibus eam tenuerit*.

§ Ier. *Si quis super alterum in villam migrare voluerit, et aliqui de his qui in villâ consistunt eum*

---

(1) Ulp., l. 1, et l. 1, § 39, D. *de Vi*.

(2) Cic., *Epist. ad famil.*, lib. 15, l. 16, Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 220, nº 37.

(3) *Observ.*, lib. 1, cap. 20; lib. 19, cap. 16. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 220.

(4) L. 8, C. *Undè vi*.

(5) L. 11, C. *Undè vi*.

suscipere voluerint, et vel unus ex ipsis extiterit qui contradicat, migrandi licentiam ibidem non habeat.

§ II. *Si verò contra interdictum unius vel duorum in ipsâ villâ consedere præsumpserit, tùm interdictor testari debet illi cum testibus, ut infrà decem noctes indè exeat; et si noluerit, iterùm ad ipsum cum testibus veniat, et testetur illi ut infrà alias decem noctes secedat.*

Quid si noluerit, iterùm tertio placito, ut infrà decem noctes exeat, denuntiet. Si verò triginta noctes impletæ fuerint, et nec tùm voluerit exire, statìm illum manniat ad malum, et testes suos, qui ad ipsa placita fuerunt, secum præstos habeat.

Si autem ipse cui testatum est venire noluerit, et eum aliqua sunnis (1) *non detinuerit, et secundùm legem ipsam testatus fuerit, tùnc ipse, qui ei testatus est, super fortunâ* (2) *suâ ponat, et grafionem roget ut accedat ad locum* (3), *et ipsum indè expellat. Et si ibi aliquid elaboravit, quia legem noluit audire, amittat, et insuper mille ducentis denariis, qui faciunt solidos triginta, culpabilis judicetur.*

§ III. *Si verò quis alium in villam alienam migrare rogaverit antequàm conventum fuerit, mille octingentis denariis, qui faciunt solidos quatuordecim, culpabilis judicetur.*

§ IV. *Si autem quis migraverit in villam alienam, et ei aliquid infrà duodecim menses secundùm legem contestatum non fuerit, secum ibidem consistat sicut et alii vicini* (4).

---

(1) C'est-à-dire empêchement, exoine. *Voy*. Ducange, v° *Sunnis*.

(2) A ses risques, périls et fortune.

(3) Ce que Pithou interprète par ces mots : *Exécution et fournissement de complainte sur le lieu*, et il cite Aulu-Gelle, lib. 20, cap. 9.

(4) Baluze, t. 1, p. 312 et 313.

C'est sur ce texte que Pithou a écrit cette observation (1) :

« De complainte en cas de saisine et nouvelleté dedans l'an : « *Ut fallantur qui D. Ludovicum regem* « *aut Simonem de Bucy jus istud antè nescitum intrà* « *Franciam prequiritasse tradunt.* »

291. Cet auteur veut donc qu'on reporte à la loi salique l'origine de la complainte, et il blâme ceux qui en attribuent l'introduction à saint Louis ou à Simon de Bucy; mais son erreur me paraît grande (2), comme je vais le montrer : je l'explique toutefois par l'affection que le commentateur porte au texte qu'il médite, et par l'importance qu'il n'est que trop porté à lui attribuer; mais ce qui m'étonne, c'est que M. Henrion de Pensey, qui n'avait pas les mêmes motifs de préoccupation, ait adopté sur parole l'illusion du savant annotateur (3). Il est vrai que des préjugés d'une autre nature dominaient M. Henrion de Pensey : n'ayant pas abordé les premiers temps de notre histoire avec les notions approfondies de l'école moderne, il considérait la France comme une grande unité monarchique, ayant eu, depuis la conquête, un droit public invariable dans ses principes; gouvernée par des rois plus ou moins constitutionnels, depuis Clovis et Charlemagne jusqu'à Louis XIV, et formant une nation identique à elle-même, et descendant en droite ligne des Barbares du Nord qui désolèrent les Gaules. C'est pourquoi M. Hen-

(1) Baluze, t. 2, p. 697.

(2) Et cependant elle se trouve répétée, dans tous les livres, comme une sorte d'axiome du droit français; par Brodeau, par exemple, écrivain très-savant (sur Paris, art. 96), et autres qu'il est inutile de nommer.

(3) Et de même que Pithou avait trompé les anciens écrivains, de même M. Henrion a trompé nos auteurs modernes, par exemple, M. Toullier (t. 11, p. 166), M. Merlin, v° *Complainte*.

rion crut qu'il était de l'*honneur national* (1) de faire remarquer que la loi salique était la source des actions possessoires. Dans son amour patriotique et presque filial pour les Francs, il a pensé que c'était une bonne fortune, pour nous autres Français, que de devoir l'institution de la complainte aux Germains plutôt qu'aux Romains.

Comme je ne veux pas me livrer ici à des discussions historiques qui m'entraîneraient hors de mon sujet, je me bornerai à dire que notre célèbre Augustin Thierry a depuis long-temps stigmatisé cette fausse conception de notre histoire, et rétabli la vérité sur ses bases indestructibles. C'est à propos d'un livre de M. Henrion, que le spirituel et savant aristarque a fait ressortir la fausseté de cette idée, à laquelle ce magistrat paraît avoir beaucoup tenu, puisqu'il l'a répétée, et dans son *Histoire des Assemblées nationales*, et dans sa *Compétence des juges-de-paix*, savoir, que nous sommes issus, nous Français, des Barbares sortis de la Germanie. Mais ces expressions, « *les Germains, nos aïeux*, dit M. Augustin Thierry, bouleversent tout le commencement de notre histoire; « car, en dépit de leur nom, les Français ne descendent pas plus des Francs que les Napolitains des « Normands, les Chinois des Tartares et les Indous « des Mongols (2)... » M. Henrion de Pensey, malgré sa supériorité dans le droit civil, ne s'était pas élevé, en histoire, au-dessus des doctrines historiques de Dumoulin, de Loyseau et autres jurisconsultes du

---

(1) *Compét.*, p. 295; il le dit en toutes lettres !!

(2) *Revue française*, t. 3, p. 1 et suiv. *Voy.* mon écrit sur la *Souveraineté des ducs de Lorraine sur le Barrois mouvant*. J'y ai relevé, l'aide de M. Thierry et de nos historiens modernes, plusieurs erreurs capitales de M. Henrion, p. 205 et suiv.

seizième siècle, peu compétens dans cette matière (1), depuis les progrès immenses que la science de l'histoire a faits en Europe, à l'aide des admirables travaux de MM. Guizot, Thierry, Sismondi, Eichorn, Jean de Muller, etc. M. Henrion était resté en arrière de tous ces progrès, et l'on doit le regretter d'autant plus que, suivant la manière de nos anciens jurisconsultes, le point de vue historique est presque toujours son point de départ, et qu'il a fait les plus louables efforts pour éclairer le droit par l'histoire.

292. Quoi qu'il en soit, voyons le sens du passage de la loi salique que j'ai rappelé tout à l'heure. Nous allons acquérir la certitude qu'il s'occupe de l'acquisition de la propriété même, et non de l'acquisition de la possession.

Un brigand hardi (2) vient envahir les biens appartenant à une communauté établie sur une petite marche, dans un même territoire : car, pour le dire en passant, il y avait deux espèces de biens, les biens propres et les biens communs (3). Il pouvait arriver que les propriétaires de ces biens communs s'entendissent tous pour admettre cet usurpateur audacieux au nombre de leurs associés, et le constituer possesseur légitime ; mais, si un seul d'entre eux s'y opposait, le consentement des autres devenait nul ; l'opposant se présentait au tribunal, accompagné d'un nombre suffisant d'hommes libres et Rachimbourgs comme lui, voisins ou membres de la communauté. Le serment de tous ces témoins équivalait à une décision judiciaire. Hommes libres,

(1) *Voy.* l'article que j'ai inséré dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, sur la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français (t. 1, p. 1 et suiv.).

(2) J'emprunte la paraphrase libre qu'en a faite M. d'Eckstein, d'après les savans allemands (*Catholiq.*, 1828, p. 216).

(3) *Id.*, p. 213.

ils disaient la vérité, et la vérité était la loi. Assisté de ces témoins, ou plutôt de ces juges, l'accusateur venait donc au mall (assemblée) de la centène, sommer l'accusé de quitter la place dans dix nuits ; car les Germains comptaient par nuits ; avant leur conversion au christianisme, leurs fêtes et leurs mystères se célébraient à cette heure.

Dix nuits s'écoulent.

Si le coupable persiste dans son occupation, l'accusateur comparaît de nouveau, répète sa sommation, et donne encore dix nuits à son adversaire. Si ce dernier s'obstine, la sommation se répète une troisième et dernière fois avec les mêmes cérémonies.

Enfin, trente nuits ayant accompli la révolution d'un mois, le coupable est définitivement appelé à paraître, non plus devant le mal de la centène, mais devant le jugement du district présidé par le comte. Là paraît l'accusateur, escorté de ses témoins. Il remplit les formalités voulues et fait sa preuve. Si l'envahisseur rejette obstinément toute justice en ne comparaissant pas, le demandeur exige, à ses risques et périls, que le graphion ou comte se transporte sur les lieux : ce dernier expulse l'intrus, lui fait payer une indemnité pour avoir enfreint la paix publique (FREID), puis une amende, les frais du procès, et le condamne à la restitution de l'immeuble. Eût-il amélioré le terrain par la culture, y eût-il élevé une demeure, on le chassait sans en tenir compte (1).

Dans le cas où un propriétaire avait souffert que l'intrus occupât pendant douze mois accomplis la possession paisible d'un terrain usurpé, il y avait dé-

(1) Toute cette procédure n'a rien de commun, on le voit, avec notre complainte.

chéance ; l'intrus devenait propriétaire malgré sa mauvaise foi originaire.

Voilà le véritable sens de cette partie de la loi salique ; ce sont des questions de propriété qui s'agitent ici. Ce qui établit, du reste, l'erreur de Pithou et de M. Henrion, qui veulent ne voir dans toute cette procédure qu'une action en simple complainte, ce sont ces mots, *secum ibidem consistat sicut et alii vicini*. Ainsi, après un an écoulé sans réclamation, l'usurpateur avait droit de rester sur le champ dont il s'était emparé, de même que les autres voisins, et avec un titre semblable au leur : donc la chose même était acquise par prescription ; donc une possession d'un an conduisait, chez les Germains, à l'acquisition même de la chose, et non à une simple saisine de la possession. Nous ne devons pas nous étonner qu'un laps de temps aussi court fût suffisant pour faire acquérir la propriété : dans la législation des Francs, le délai d'un an légitimait tout, et transformait l'usurpation en droit (1).

293. La loi salique écartée comme un anachronisme, nous nous trouvons en présence du droit romain, qui n'a jamais péri dans les Gaules, et qui y a toujours été pour le moins aussi national que les lois barbares, dont l'existence y fut si précaire et si courte (2). C'est à lui qu'il faut reporter cette idée capitale dans la matière qui nous occupe, de la possession réglée, abstraction faite de la propriété. Après cela, je conviens que le système des interdits s'est modifié en passant dans nos mœurs, et que nous avons donné à la possession une physionomie particulière ; mais il me

---

(1) *Voy.*, par exemple, 3 dans la loi ripuaire, t. 51, une autre prescription d'un an. M. d'Eckstein, *Catholiq. juillet*, 1828, p. 48.

(2) M. Guizot, *Hist. de la civilis.*, t. 1, p. 355.

paraît démontré que l'idée mère provient des Romains.

Parcourons les monumens qui nous restent sur la complainte.

294. Beaumanoir nous a transmis les notions suivantes sur cette partie de l'ancien droit (1).

On peut être troublé dans sa possession de trois manières : 1° par force ; 2° par nouvelle dessaisine, c'est-à-dire quand on s'empare et l'on me dessaisit de la chose dont j'ai été en possession paisible pendant un an et un jour ; 3° par nouvelleté ou nouveau trouble (2).

La force entraîne toujours dessaisine ; mais la dessaisine peut avoir lieu sans force ni violence. Il y a trouble toutes les fois que, sans être dépouillé, je ne puis jouir cependant comme je le faisais auparavant.

Déjà l'on aperçoit ici la trace du droit romain ; la distinction entre la dessaisine et le simple trouble rappelle la distinction que faisaient les Romains entre l'interdit *recuperandæ possessionis*, qui avait lieu quand il y avait dessaisissement, et l'interdit *retinendæ possessionis*, qui était accordé quand le simple trouble n'entraînait pas de dépossession. Quand on se trouve si près du droit romain, comment a-t-on pu avoir l'idée d'aller chercher des analogies chez des peuples barbares, dont les lois ont eu si peu d'influence sur les nôtres ?

Celui qui voulait se plaindre de violence, de nouvelle dessaisine ou de nouvelleté, devait le faire dans l'an et jour : ce temps écoulé, son action était périmée, et il ne pouvait plaider que sur la propriété. Nous retrouvons encore ici le droit romain.

---

(1) *Cout. de Beauvoisis*, ch. 32.

(2) *Répert.*, v° *Complainte*, et M. Henrion de Pensey, *Compét. des juges-de-paix*.

Pour pouvoir se plaindre de dessaisine et de nouvelleté, il fallait être en possession d'an et jour. C'est ce qui résulte de la formule que nous a conservée Beaumanoir : « Sire, Pierre m'a dessaisi de nouvel de « telle chose, de *laquelle j'avais été en saisine paisiblement d'an et jour*. Se il le confesse, je requiers être « ressaisi ; se il le nie, je offre à le prouver. »

295. Ici se rencontre une grande innovation. Par le droit romain, il suffisait d'avoir la possession au moment du litige pour exercer les interdits possessoires. En France, la simple possession ne suffit plus ; il faut la saisine, c'est-à-dire la possession d'an et jour. Ce point est important et fécond en conséquences, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus (1).

296. Cependant il y avait, suivant Beaumanoir, un cas où l'on pouvait se plaindre au juge, bien qu'on n'eût pas possédé pendant l'an et le jour : c'était lorsqu'on était expulsé par force ou violence. Alors on ne s'enquérait pas si la possession était *bonne* ou *mauvaise*, *grande* ou *petite*. On pouvait intenter la réintégrande pour recouvrer une possession tellement vicieuse qu'elle aurait emporté le *hart*, même pour chose volée, sauf à faire ensuite justice du méfait (2). Sous ce rapport, le droit français se rapprochait du droit de Justinien ; mais il en différait en ce qu'après le jugement sur la réintégrande et la restitution du spolié, le spoliateur pouvait, s'il avait avant le trouble la possession d'an et jour, intenter complainte pour s'en faire ressaisir. C'est encore ce que nous apprend Beaumanoir (3). Et cela était fondé sur ce que le juge-

---

(1) *Suprà*, n° 238 et 284.

(2) M. Henrion a très-bien exposé tout ceci, en remontant aux sources, et en remettant en honneur les antiquités de notre droit français, trop oubliées de nos jours. *Junge* Capitulaires, l. 6, c. 261.

(3) Il rend compte d'un curieux jugement de réintégrande rendu de

ment de réintégrande ne donnait pas au spolié la saisine véritable, la possession civile, mais seulement une détention de fait, et que cette restitution ne pouvait enlever à l'adversaire la possession d'an et jour qu'il avait acquise. Dans le droit romain, au contraire, une fois qu'on avait statué sur la possession par l'interdit *recuperandæ possessionis,* il n'y avait plus lieu à agir par les moyens possessoires : le réintégré avait désormais la possession. Il fallait se pourvoir par action au pétitoire.

Ainsi, l'on peut dire que la réintégrande, envisagée sous ce nouveau point de vue, n'était qu'improprement appelée action possessoire, puisqu'elle laissait intacte la question de possession. C'était une mesure d'ordre public, introduite pour prévenir, dit Beaumanoir, *les mouvemens de haine et de mortelle guerre* (1). Jusque vers la fin du treizième siècle, un usage barbare autorisait celui que la violence avait dépouillé à se faire justice à lui-même, en reconquérant, les armes à la main, l'objet qui lui était enlevé; ou, s'il craignait une résistance trop forte, il était autorisé à s'emparer de celle des propriétés du spoliateur qu'il croyait pouvoir lui enlever avec plus de facilité (2). Mais, par son ordonnance de 1270 (3), le roi saint Louis, s'appuyant sur l'imposante autorité du droit canonique (4), mit un

son temps, et qui juge : 1° que, pour obtenir la réintégrande, il n'était pas nécessaire d'avoir possédé an et jour, bien que le spoliateur fût le propriétaire même et le précédent possesseur annal; 2° qu'après avoir échoué lors de la réintégrande, ce dernier pouvait prendre sa revanche par la complainte. M. Henrion de Pensey a retracé cette décision, à laquelle il donne une grande importance.

(1) Chap. 32, p. 171. *Voy.* les Capit. cités à la note 2, d'autre part.

(2) *Cout. de Beauvoisis*, ch. 32, p. 171. Delaurière, sur *les Établiss. de saint Louis*, liv. 2, ch. 6.

(3) *Établiss.*, liv. 2, ch. 6.

(4) Innoc. III, anno 1206. *Decret.*, lib. 2, *de Ord. cognit.*, cap. 2.

frein dans ses domaines à ce système de violence organisée. Il voulut que celui qui ressaisissait sa chose par force fût tenu de la rendre, et même de payer une amende, et il posa ce principe, qui porta un coup mortel aux guerres privées : *Nul ne doit en nulle cour plaider dessaisi, mais il doit demander saisine en toute œuvre*. La sagesse de cette ordonnance la fit adopter hors des terres de l'obéissance du Roi ; tous les tribunaux en firent la règle de leur décision, et, dès le temps de Boutillier, qui écrivait vers la fin du quatorzième siècle, il était généralement reçu, dit M. Henrion (1), « que celui que la force avait dépouillé devait, dans « l'année du trouble, s'adresser au juge, qui, sans en- « trer dans l'examen des droits respectifs des parties, « réintégrait le demandeur dans sa possession, et or- « donnait que les choses seraient remises dans l'état « où elles étaient avant la voie de fait. »

297. Il faut convenir cependant que, tout en allant chercher dans le droit canonique des appuis respectables pour colorer ses innovations, saint Louis exagérait les principes que nous y trouvons consacrés. Jamais les papes n'avaient poussé la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus*, jusqu'à ce degré de logique inflexible, qu'il fallût l'appliquer au propriétaire ou au possesseur dépouillé qui emploie des voies de fait pour rentrer dans ce qui lui appartient. On trouve, au contraire, une décision expresse du pape Innocent III (2), qui approuve un évêque d'avoir repris par force sur un spoliateur un immeuble appartenant à son église. *Ex eâ vim vi, sicut omnia jura permittunt, licite repellentes.*

Aussi, la rubrique de ce canon porte-t-elle : *In-*

(1) Ch. *de la Réintégrande.*

(2) *Decret.*, lib. 2 ; t. 13, cap. 12, anno 1199.

gressus possessionem, ignorante domino ad quem pertinet, POTEST PER IPSUM DOMINUM, *statìm quum sciverit,* REPELLI, ETIAM VIOLENTER; *nec ex tali repulsione competit contra dominum* INTERDICTUM *possessorium.* Et les canonistes en donnent cette raison, c'est que ce possesseur de mauvaise foi n'était pas possesseur. *Hic enim non fuit possessor;* et cependant, disent-ils (c'est une règle sur laquelle ils insistent longuement) (1), le demandeur en réintégrande ne peut réussir s'il ne prouve sa possession. *Non sufficit probare quòd quis fuerit spoliatus, nisi probet se possedisse : duo enim probare debet qui petit restitui : 1° se possedisse, 2° et spoliatum fuisse* (2).

Plus tard (en 1235), le pape Grégoire IX proclamait une décision conforme. Celui qui demande sa restitution comme spolié, disait-il, peut être repoussé comme spoliateur, *quanquam ab agendo, spoliatus (spoliatione ab spoliatoribus in modum exceptionis propositâ) repellatur* (3).

Quel était donc le sens de cette maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus,* formulée par les canonistes eux-mêmes? C'est que le possessoire doit précéder le pétitoire; c'est qu'en conséquence celui qui est dépouillé de sa possession légitime n'est tenu de répondre à aucune demande étrangère à la question de spoliation avant d'être réintégré (4); c'est que si, par exemple, vous opposez que vous êtes propriétaire à celui que vous avez privé de sa possession juridique, vous êtes tenu de la lui rendre avant de discuter le fond du droit; c'est, pour citer un autre exemple, que, si vous arrachez

(1) *Voy.* le *Corpus juris canonici,* de Gibert, t. 3, p. 222, sect. 9.
(2) *Id.* d'après la glose, p. 223, sect. 9, n° 5.
(3) *Decret.*, lib. 2, t. 10, cap. 4.
(4) Cap. 4, *loc. cit.*

par violence la possession à un enfant dont vous contestez l'état, le débat sur la question de légitimité ne doit pas l'empêcher de recouvrer, au moins provisoirement, ce que vous lui avez ravi (1). Voilà le sens exact de la maxime dans le droit canon : tout le reste était forcé. Mais saint Louis consultait avant tout les besoins de son siècle; ils lui paraissaient assez pressans pour sortir du cercle du droit canon, dans lequel son rôle de législateur ne lui permettait pas de se renfermer.

298. Quant à la procédure suivie du temps de saint Louis, voici comment elle était dirigée dans le cas de dessaisissement ou d'expulsion (2). Celui qui était dépouillé allait trouver le juge, et lui demandait que la chose contentieuse fût ôtée à son adversaire et mise sous main de justice pendant le débat des parties; et comme, dans cette complainte, celui qui se plaignait reconnaissait que son adversaire était saisi, le juge exigeait du demandeur qu'il donnât plége (caution) de suivre son action et de payer les dommages et intérêts auxquels il pourrait être condamné. S'il refusait le cautionnement, la demande n'avait pas de suite; s'il le donnait, le juge en exigeait un semblable du défendeur; si celui-ci refusait, le juge retirait de ses mains l'objet contentieux et le remettait au demandeur en complainte. Lorsque les deux parties avaient donné la caution, la chose était placée sous la main de la justice (3) : c'est ce qu'on appelait *ramener la complainte à effet sur le lieu* (4).

299. Cet usage fut suivi jusqu'au quatorzième siècle;

---

(1) *Decret.*, lib. 4, t. 17, cap. 7.

(2) *Etablissem. de saint Louis*, liv. 1, ch. 65.

(3) Brodeau, sur Paris, art. 96, no 1, p. 83. Delaurière, sur Loisel, liv. 5, t. 4, et surtout sur le liv. 1, ch. 65, *des Etablissemens de saint Louis*. M. Henrion, *Compét. des juges-de-paix*, p. 299 et 300.

(4) Brodeau, sur Paris, préface de l'art. 96, no 1.

mais alors il s'opéra un changement. Écoutons Delaurière (1) :

« Cet usage dura jusqu'à Simon de Bucy, qui était « premier président au parlement (2), qui établit le « premier pour principe que celui qui avait été *spolié* « de la chose n'en perdrait que la *possession naturelle* « ou *la détention*, et qu'en conservant, par sa volonté, « la possession civile ou la saisine, il pouvait deman- « der d'être *conservé* ou *maintenu dans cette posses-* « *sion*, et intenter la complainte en cas de saisine et « de nouvelleté, *comme si la force* et *la dessaisine* « n'avaient été qu'un nouveau trouble. »

Il suit de là que, dès cette époque, les deux interdits *recuperandæ* et *retinendæ possessionis* furent réduits à un seul, connu dans la pratique sous le nom de complainte en cas de saisine et de nouvelleté (3). C'est là une observation importante qui n'a pas échappé à la sagacité et à la science de M. Henrion de Pensey. Il est probable que la cause de cette innovation fut la nécessité d'éviter la procédure d'applégement, qui devait être suivie toutes les fois que le demandeur reconnaissait que son adversaire était saisi.

300. Nous arrivons à l'époque à laquelle les coutumes se formulent. Toutes celles qui s'occupent des cas possessoires ne font plus de distinction entre la complainte et la réintégrande. La complainte est le terme générique qui embrasse tous les cas (4) ; la force

---

(1) *Sur les Établiss. de saint Louis*, liv. 1, ch. 65. Brodeau, *loc. cit.*

(2) Sous les rois Jean et Charles de Valois. Il mourut le 7 mai 1368.

(3) C'est-à-dire, plainte en cas de trouble à nous faits nouvellement en la possession où nous sommes d'un immeuble ou d'un droit réel (M. Henrion, ch. 20). D'après Brodeau, sur Paris, préface de l'art. 96, n° 3.

(4) Voici quelques textes :

SEDAN (263). Celui qui, par défaut d'avoir la *dernière année possédé* et joui paisiblement, n'est recevable à intenter la nouvelleté.

ANJOU (426). Celui qui a tenu et possédé aucuns héritage et choses

et la dessaisine ne sont plus qu'un cas de trouble. *Action pour spoliation*, dit la coutume de Cambray (1), s'intente *par complainte* ou clain de rétablissement dedans l'an. C'est une vérité de droit commun que notre vieux Loisel, si versé dans les antiquités du droit français, a expliquée en ces termes énergiques : « En « cas de nouvelleté, se faut bien garder de dire qu'on

---

immeubles *par an et jour* paisiblement, a acquis la possession de la chose, et s'en peut défendre contre tous *en matière possessoire*, en sommant, en termes généraux, qu'il a possédé à titre, et prouvant les derniers exploits par an et jour, sans qu'il ne soit besoin prouver et alléguer aucun titre particulier.

MAINE (446). Article conforme.

BOURBONNAIS (87). Quand aucun *possesseur par an*, d'aucun héritage ou droit réel, est troublé en sa possession et jouissance, il peut soy complaindre et intenter complainte en cas de saisine et nouvelleté dedans l'an du trouble à lui fait.

CLERMONT EN BEAUVOISIS (45). Par ladite coutume, *la nouvelleté dépend et naît de saisine*, et *saisine* de possession.

46. Pour acquérir possession par occupation ou détention, sont requises trois choses : c'est à savoir que la chose ne soit occupée par force, clandestinement, ni par prière.... et quiconque a une chose *ainsi occupée, et tenue par l'an et jour*, il acquiert saisine d'icelle, tellement que, si depuis il appert *du trouble ou empêchement* fait au contraire, iceluy ainsi possédant peut, en dedans de l'an et jour après ledit trouble et empêchement, intenter complainte *audit cas de nouvelleté*.

POITOU (399). Èsdites matières d'applégement suffit possession d'an et jour pour celui qui s'appleige, ou par autre dont il a droit.

MONTARGIS, ch. 21. CAS POSSESSOIRES, art. 1.... Après *telle jouissance* (d'an et jour), peut, celui qui a acquis la possession, intenter complainte en cas de saisine et nouvelleté, et *tous autres procès possessoires*, s'il est *troublé* en sadite possession.

VALOIS (116). Quand aucun a possédé paisiblement *nec vi, nec clàm, nec precariò*, il a acquis la *possession* PRIVILÉGIÉE, et, s'il est troublé en sa possession, il se peut complaindre en matière de saisine et nouvelleté.

Mêmes dispositions dans les coutumes de Mante (art. 87 et 88), Ponthiers (142 et 143), Senlis (266 et 267), Orléans (486).

L'art. 96 de la coutume de Paris ne parle pas de l'an et jour de possession nécessaire pour intenter complainte ; mais on voit que c'était le droit commun.

(1) T. 25, art. 26.

« ait esté spolié, *mais simplement troublé, ou dejeté*
« *de sa possession par force* (1). »

Pourquoi ne faut-il pas dire qu'on a été spolié? Parce que la violence ne fait pas perdre la saisine; parce que la possession civile se continue sur la tête du possesseur de même que s'il n'y avait qu'un simple trouble; parce que, soit qu'on soit simplement troublé, soit qu'on soit *dejeté par force*, c'est toujours l'action en complainte pour nouvelleté.

301. En 1667 parut la fameuse ordonnance de Louis XIV sur la procédure civile; l'article 1er du titre 18 est ainsi conçu : « Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un immeuble et droit réel, ou universalité de meubles qu'il possédait sans violence, publiquement et à autre titre que celui de fermier ou possesseur précaire, il peut, dans l'année du *trouble*, former complainte, *en cas de saisine et de nouvelleté*, contre celui qui lui a fait le trouble. »

Jusqu'ici tout est conforme au texte des coutumes, si ce n'est que le législateur ne parle pas expressément de la nécessité d'avoir possédé an et jour pour intenter la complainte, et l'on verra tout à l'heure qu'on a cherché à abuser de cette lacune. Mais, dans l'article 2 du même titre, le législateur va plus loin que les coutumes, et il s'occupe expressément de la réintégrande. « Celui
« qui aura été *dépossédé par violence ou voie de fait*,
« pourra demander la réintégrande par action civile,
« ordinaire ou extraordinaire, même par action crimi-
« nelle; et, s'il a choisi l'une de ces deux actions, il ne
« pourra se servir de l'autre, si ce n'est que, prononçant
« sur l'extraordinaire, on lui réserve l'action civile. »

302. Reste une grande question à examiner. On vient de voir la fusion des deux interdits en une seule

(1) Liv. 5, t. 4, n° 11.

action, sous l'empire des coutumes; on a vu que, depuis l'ordonnance de 1667, la réintégrande avait repris son nom et une place à part dans le droit; on a donc demandé s'il était nécessaire que celui qui était expulsé par force et qui agissait en réintégrande fût en possession d'an et jour au moment de son expulsion, de même que celui qui agissait en complainte.

Cette difficulté divisait les auteurs. Ferrières, après avoir dit que la réintégrande est comprise dans la complainte et n'en est pas distinguée (1), enseignait que, dans le cas de complainte, pas plus que dans le cas de réintégrande, il n'était nécessaire d'avoir la possession d'an et jour (2); car, disait-il, si quelques coutumes ont exigé une possession annale pour fonder la complainte (3), l'article 96 de la coutume de Paris ne fait pas une loi de cette condition; l'article 1, titre 18 de l'ordonnance de 1667, qui y est conforme, ne la requiert pas davantage. « Je crois donc que cette possession d'un an n'est pas aujourd'hui, dans notre coutume, une condition requise pour pouvoir intenter la complainte, mais qu'il suffit pour cela de justifier sa possession non vicieuse pour y être *maintenu* ou *réintégré*, quoiqu'elle ne soit pas d'un an, comme cela a pu être autrefois requis, et comme cela peut être encore à présent dans quelques coutumes. »

Mais cette assertion de Ferrières, que la complainte ne doit pas prendre son fondement dans une possession annale, était contraire à tous les monumens de la jurisprudence et à l'opinion la plus générale. *Curia Franciæ tenet*, dit Jean Faber (4), *quòd ille est potior*,

---

(1) Sur Paris, art. 96, n° 21, t. 1, p. 1510.
(2) *Loc. cit.*, glose unique, n° 39, p. 1527.
(3) Montargis; ch. 21, art. 1, et autres précités.
(4) Sur *les Inst.*, *de Interd.*, § *Retinendæ*, n° 26.

qui possidet de facto ultimo anno. Brodeau veut aussi que le demandeur en complainte justifie de sa possession annale (1). Même doctrine dans Loisel (2), Coquille (3), Argou (4), Pothier (5), Bourjon (6), etc. Ce point est si certain et si avéré par l'accord des nombreuses coutumes que j'ai citées ci-dessus, que je crois inutile d'insister plus long-temps.

Du reste, si Ferrières était dans l'erreur à cet égard, il était fondé à assimiler la réintégrande à la complainte. Nous avons vu ci-dessus que, depuis le quatorzième siècle, la réunion des deux interdits *recuperandæ* et *retinendæ possessionis* n'était pas contestable; j'ai établi que toutes les coutumes avaient parlé en ce sens. Si l'ordonnance de 1667 s'explique à part sur la réintégrande, c'est uniquement pour déclarer que celui qui a été dépossédé a le choix de l'action civile ou de l'action criminelle, sans qu'il lui soit permis d'intenter successivement l'une et l'autre. Mais rien n'autorise à penser qu'elle a voulu rompre l'alliance sanctionnée par le droit coutumier, et faire revivre des distinctions incompatibles avec l'esprit du droit nouveau (7).

303. Et c'est en partant de ce point que Duplessis (8), ne faisant plus aucune distinction entre la réinté-

---

(1) Sur Paris, art. 96, nº 2.

(2) L. 5, t. 4, nº 10: « Qui a joui *par an et jour* d'aucune chose « réelle ou droit immobilier par soi ou son prédécesseur, *non vi, non* « *clàm, non precàriò*, en a acquis la saisine et possession, et peut « former complainte dans l'an et jour du trouble à lui fait. »

(3) Quest. 234. « *Comme la possession* S'ACQUIERT PAR AN ET JOUR, dit-il, de même elle se perd par an et jour. »

(4) *De la Possession*, p. 221.

(5) Sur Orléans, Introd. au t. 22, nº 52.

(6) T. 2, p. 510, nº 10.

(7) M. Merlin, *Répert.*, *Question préjudicielle*, p. 519.

(8) *Des Actions*, liv. 1.

grande et la complainte, voulait que, pour l'une et pour l'autre, on eût la possession d'an et jour. Cette opinion était aussi conséquente dans son sens que celle de Ferrières dans un autre ordre d'idées. C'est aussi celle de Bourjon; il fait toujours marcher la complainte confusément avec la réintégrande, et quand il exige une possession annale pour la complainte, c'est comme s'il l'exigeait aussi pour la réintégrande, qu'il n'en sépare jamais (1).

304. D'autres auteurs avaient pris un terme moyen. Laissons parler Duparc-Poullain (2) : « Pour pouvoir « former l'action de *complainte* ou *réintégrande*, faut-« il avoir possédé par an et jour, ou bien la possession « la plus courte, *avant le trouble*, peut-elle suffire ? « Il faut distinguer : si le trouble a été fait par un tiers « qui n'avait dans la chose ni droit, ni possession, *le* « *possesseur n'est point obligé de prouver sa posses-* « *sion* ANNALE *avant le trouble :* il suffit de prouver « qu'il possédait et qu'il *a été troublé ;* mais si c'est le « propriétaire ou le précédent possesseur qui est ren-« tré dans la possession, le demandeur est obligé de « prouver la possession annale avant le trouble, sans « quoi son action ne peut être reçue, puisque, au mo-« ment du trouble dont il se plaint, l'action de réinté-« grande compétait au précédent possesseur. Cette « distinction peut servir pour la décision d'une ques-« tion que l'article 107 de la coutume de Bretagne fait « naître par ces mots : *Icelui n'attente qui use de son* « *droit*..... Si le possesseur annal a été dépouillé de sa « possession, il use de son droit en rentrant dans son « héritage, pourvu qu'il le fasse dans l'an de la voie de « fait; mais, s'il a laissé passer l'année, il ne peut plus

(1) *Loc. cit.*, nos 1, 2, 10 et 11.
(2) *Principes du droit français*, t. 10, p. 706 et 707.

« rentrer de son autorité dans l'héritage, et, s'il le fai-
« sait, celui qui l'en a dépouillé, étant devenu posses-
« seur annal, aurait l'action de réintégrande. »

Cette distinction est adoptée par M. Lanjuinais, dans l'excellent article intitulé : *Voie de fait*, qu'il a inséré dans le *Répertoire de jurisprudence* de M. Merlin (1).

« Un principe général, dit ce jurisconsulte (2), est
« que la possession qui n'a pas subsisté pendant un
« an est inutile *pour former la complainte soit de*
« NOUVELLETÉ, SOIT DE RÉINTÉGRANDE. Ce n'est qu'à
« la possession annale, antérieure AU TROUBLE ou à
« LA SPOLIATION, que sont accordées les actions posses-
« soires. *Tel est, depuis des siècles, le droit commun de*
« *la France*. L'exception reçue pour le cas de voie de
« fait commise par un tiers qui n'avait dans la chose
« ni droit ni possession confirme la règle pour tous les
« autres cas.

« Privé par un étranger d'une possession tout ré-
« cemment usurpée, qu'on obtienne contre lui la jouis-
« sance provisoire, cette jurisprudence est sage, et
« même ne semble pas contraire à l'esprit de la loi,
« qui veut une possession annale pour fonder la com-
« plainte; mais accorder un remède aussi avantageux
« au spoliateur par voie de fait ou à son ayant-cause,
« au préjudice du propriétaire, de celui-là même qui,
« venant d'être dépouillé, n'a fait que rentrer paisible-
« ment dans sa possession ! Il suffit d'énoncer une pa-

(1) P. 654, col. 1.

(2) Je remarque que la portée de ces opinions diverses n'a pas été bien saisie dans l'ouvrage de M. Garnier (*des Rivières*, part. 1, p. 265). Il les croit favorables à la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus*. On voit, au contraire, qu'elles la combattent formellement en ce qui concerne le propriétaire qui rentre, par voie de fait, dans sa possession.

« reille idée, pour faire sentir combien elle répugne
« aux lumières naturelles de la raison. »

Et il cite un arrêt du parlement de Bretagne, du mois d'avril 1779. « Une terre était divisée en deux consorts;
« le partage établissait les servitudes nécessaires; un des
« cohéritiers, pour s'affranchir de celle qu'il était obligé
« de souffrir, éleva un fossé qui en interceptait l'usage.
« Dans le cours de l'année, le maître de la servitude,
« qui *avait une possession du passage plus qu'annale,*
« détruisit ce fossé. Le propriétaire du fonds servant
« forma l'action en réintégrande. L'auteur de la voie
« de fait répondit qu'il avait la possession annale de
« servitude; que son adversaire n'avait pas la même
« possession de liberté; que la voie de fait qui avait
« récemment procuré cette possession de liberté avait
« donné le droit au défendeur d'intenter lui-même
« la réintégrande contre le demandeur; qu'ainsi cette
« action ne pouvait être accordée à ce dernier contre
« lui dans le même temps et pour le même objet. Par
« sentence de la juridiction des regaires de Saint-Brieux,
« le demandeur fut débouté avec amende et dépens.
« Appel à la cour; arrêt, à l'audience de la grande
« chambre, du mois d'avril 1770, qui confirme la sen-
« tence. »

Ces opinions et cette jurisprudence nous reportent bien loin de l'époque où vivaient saint Louis et Beaumanoir, époque de désordres et de guerres sanglantes, où les contestations se vidaient de préférence les armes à la main, et où le premier besoin de la société était de comprimer ces violences par une impitoyable sévérité, dussent les droits qui s'étaient fait justice à eux-mêmes en souffrir momentanément. L'ordre public exigeait avant tout que ces perpétuels recours à la force fissent place à une procédure plus régulière. De là, les sages établissemens de saint Louis et les doctrines de Beaumanoir

en matière de réintégrande. Mais, dans les siècles suivans, on se préoccupe moins des abus de la violence, parce qu'ils ne sont plus le mal qui tourmente la société; l'on professe hautement, l'on juge même dans les cours souveraines que le propriétaire ou le possesseur annal peuvent expulser l'usurpateur sans craindre la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus;* l'on déclare cette maxime inapplicable et suranée dans certains cas; on la dépouille de ce qu'elle avait d'absolu dans les temps anciens, où le pouvoir combattait à outrance l'anarchie féodale.

305. C'est dans cet état que nous parvenons au Code de procédure, qui règle l'exercice des actions possessoires. Quel parti prend-il entre les opinions diverses que nous avons retracées? Préfère-t-il le système de Ferrières? adopte-t-il les distinctions de MM. Lanjuinais et de Duparc-Poullain? Non : il pose une règle absolue empruntée au système de Bourjou et de Duplessis; il cimente l'alliance définitive de la complainte avec la réintégrande; il soumet ces deux actions aux mêmes conditions.

« Les actions possessoires ne seront recevables,
« dit l'article 23 du Code de procédure civile, qu'au-
« tant qu'elles auront été formées dans l'année du trou-
« ble, *par ceux qui,* DEPUIS UNE ANNÉE AU MOINS,
« *étaient en possession paisible par eux ou les leurs,*
« *à tire non précaire.* »

Ce texte semble avoir été fait tout exprès pour faire cesser toutes les divergences.

303. Consultez cependant les auteurs, elles n'ont jamais été plus vives : il suffit à M. Henrion du mot *réintégrande* prononcé par l'ordonnance de 1667 et par l'article 2060 du Code civil, pour décider que la réintégrande doit revivre de nos jours telle qu'elle

était au temps de Beaumanoir (1). Il ne tient aucun compte des métamorphoses qu'elle a subies depuis Simon de Bucy, et que les mœurs modernes rendaient nécessaires. Son opinion est adoptée par M. Duranton (2), par M. Garnier (3), par M. Dalloz (4); on peut l'autoriser d'un arrêt de la cour de cassation du 10 novembre 1819 (5), rendu sous sa présidence (6), et surtout d'un arrêt de la même cour du 28 octobre 1826, dont les considérans semblent un combat *pro aris et focis* (7), en faveur du savant respectable qui la présidait (8).

Mais d'autres auteurs ont enseigné que la réintégrande, étant évidemment une action possessoire, ne peut être réclamée, sous le Code de procédure civile, que par celui qui possède depuis une année au moins. A leur tête est M. Toullier (9), dont la dissertation est pleine de force. On consultera aussi avec fruit la doctrine conforme de M. Poncet (10); c'est celle qu'a suivie M. Berriat-Saint-Prix (11).

307. C'est aussi celle qui me paraît seule admissible aujourd'hui; tout le reste est en opposition avec l'ar-

---

(1) *De la Compétence des juges-de-paix*, ch. *de la Réintégrande*.

(2) T. 4, n° 246.

(3) *Des Rivières*, p. 257 et suiv., 1re partie.

(4) *Degré de juridict.*, p. 613.

(5) Dall., *Action possessoire*, p. 231 et 232. Sirey, 20, 1, 209.

(6) On a tiré beaucoup de conséquences analogues d'un arrêt de la cour de cassation du 16 mai 1827 (Dall., 27, 1, 243. *Palais*, 1828, t. 1, p. 23. Sirey, 27, 1, 457); mais il me paraît plus contraire que favorable à cette opinion.

(7) Dall., 27, 1, 107. *Palais*, 1827, t. 2, 450. Sirey, 27, 1, 73.

(8) *Junge* autre arrêt du 5 mars 1828 (Dall., 28, 1, 163. *Palais*, 1828, t. 3, p. 51. Sirey, 28, 1, 355). — 11 juin 1828 (Dall., 28, 1, 272. *Palais*, 1829, t. 1, p. 65. Sirey, 28, 1, 220).

(9) T. 11, nos 123 et suiv.

(10) *Des Actions*, p. 99.

(11) P. 117, note 35, et p. 118, note 37.

ticle 23 du Code de procédure, qui doit faire taire d'anciennes controverses.

Lorsqu'un individu expulse l'usurpateur qui est venu le troubler dans sa possession annale, il conserve la possession légitime de son droit. N'oublions pas les paroles du pape Innocent : *Ex eâ vim vi, sicut omnia jura permittunt, licitè repellentes.*

On voudrait que, pour le punir de ce qu'il s'est fait justice à lui-même, on le dépouillât provisoirement, sauf à le ressaisir ensuite par la voie de la complainte; mais, comme le dit M. Lanjuinais, la raison se révolte contre cette proposition. N'est-ce pas une singulière manière de rendre à chacun selon ses oeuvres, que de priver le possesseur de ce qui lui appartient, pour en investir celui qui n'est entré en possession que par voie de fait, celui contre qui on aurait eu la réintégrande, si le véritable maître n'avait repris de lui-même ce qu'on ne saurait lui dénier?

Entre deux possessions, la possession annale, qui, d'après le langage de nos coutumes, est la *possession privilégiée* (1), ne doit-elle pas l'emporter sur celle qui n'est qu'instantanée et violente, et qui mérite plutôt le nom de détention que celui de possession? Or, l'expulsion du possesseur annal pendant un temps qui ne dure pas un an ne suffit pas pour interrompre la possession (2). Pendant le temps de son expulsion, il a possédé par sa volonté (3), il a conservé son droit intact; puis son expulsion a cessé : il est rentré dans la jouissance de fait de la chose dont il avait la jouissance de droit, et l'on voudrait que, dans des circons-

---

(1) Valois, art. 116. *Suprà*, n° 300, note.

(2) Art. 2243, C. civ. *Suprà*, n° 299, l'opinion de Simon de Bucy, et de Delaurière, et n° 270.

(3) *Suprà*, n° 270, les lois romaines et le passage de Brunemann cité en note. *Junge* Simon de Bucy et Delaurière. *Suprà*, n° 299.

tances si favorables, une possession ainsi qualifiée et privilégiée s'abdiquât devant une possession d'un instant, vicieuse dans tous ses élémens, et n'ayant plus aucune existence actuelle!! Que devient la fameuse maxime du droit français : *En toute saisine, le possesseur est de meilleure condition* (1), et la règle non-moins célèbre du droit romain : *In pari causâ, melior est causa possidentis* (2)?

Voulez-vous faire un reproche au possesseur annal de ce qu'il a usé de moyens illégaux pour rentrer dans son droit? Mais le spolié n'avait-il pas employé des moyens aussi coupables pour attenter au droit d'autrui? S'il y a délit, il est réciproque, et dès lors c'est le cas de citer cette autre règle du droit romain : *In pari delicto, deterior est causa petitoris* (3). D'ailleurs, qu'on calcule le degré de culpabilité des deux adversaires : l'un a mis la force au service du droit, et tout son crime c'est de n'avoir pas su attendre; l'autre a fait servir la violence au soutien de l'injustice; et c'est lui qui l'emporterait sur le premier!!! Nous avons vu que ce n'est pas ainsi que l'entendait le droit canonique.

308. Ces raisons expliquent suffisamment la disposition du Code de procédure civile, disposition conforme au droit des *Pandectes* (4), qui permettait au propriétaire de rentrer par voie de fait dans la possession de la chose (5), et au droit canon qui nous dit : *Ingressus possessionem, ignorante domino, ad*

---

(1) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 2.

(2) L. 128, D. *de Reg. juris.*

(3) L. 154, D. *de Reg. juris.*

(4) *Suprà*, n° 289. Ulpien, liv. 1, § 30, D. *de Vi et Vi armatâ.*

(5) Pourvu, cependant, que la violence ne fût pas armée. Mais ces distinctions sont incompatibles avec le droit moderne et l'art. 23 du C. de pr. civ.

quem pertinet, potest, per ipsum dominum, statim quum sciverit, repelli, ETIAM VIOLENTER, *nec ex tali repulsione competit repulso contra dominum interdictum possessorium.* C'est là la sanction du droit de propriété. Sans doute, il est mieux de recourir à la justice pour reconquérir ce qu'on a perdu : la prudence en fait peut-être un devoir, mais la loi n'en impose pas toujours l'obligation (1). Si d'ailleurs des violences punissables ont été commises, le coupable recevra des tribunaux correctionnels un juste châtiment ; mais on ne voudra pas que le droit de propriété s'abaisse, même pour un instant, devant une flagrante usurpation. Sévissez par des peines efficaces contre celui qui a troublé l'ordre public, mais n'infligez pas à la propriété un détour d'action et une suspension désastreuse, qui n'est plus qu'un non sens et un anachronisme.

309. Le rédacteur de l'arrêt de la cour de cassation du 28 septembre 1826 cite comme objection ce texte de la loi romaine : *Cur enim ad arma, ad rixas procedere patiatur prætor, quos potest jurisdictione suâ compescere* (2). Mais l'érudition du savant auxiliaire de M. Henrion de Pensey me paraît s'égarer dans d'inutiles emprunts aux jurisconsultes de Rome. Dans l'espèce de cette loi, il s'agissait de savoir si deux individus, copropriétaires par indivis d'un usufruit, pouvaient sortir d'indivision. L'objection était que l'action en partage ne s'appliquait pas en droit rigoureux à l'usufruit ; mais le jurisconsulte enseigne que, par équité (*æquissimus est*), il faut accorder une action de quasi-partage, *quasi communi dividundo*, afin de ne pas exposer à des querelles et à des violences ceux que la

(1) C'est ce que prouve M. Lanjuinais, *Répert.*, vº *Voie de fait*

(2) Ulpianus, l. 13, § 3, D. *de Usufr.*

juridiction du préteur peut sauver, par une sage mesure, de leur propre excès. Or, je le demande, qu'a de commun cette décision avec notre espèce ?

Et puis, comment le docte magistrat a-t-il oublié que, sous le droit des *Pandectes*, qu'il nous oppose, il était précisément écrit que, pour pouvoir se plaindre par l'interdit *undè vi*, il fallait prouver qu'on ne possédait pas *vi, nec clàm, nec precariò*, à l'égard du spoliateur, c'est-à-dire, du propriétaire rentré dans ses droits (1)? Cicéron en convenait dans son oraison pour Cécina, quoiqu'on pût se prévaloir contre lui de cette concession (2), et les *Institutes* de Caïus ont mis cette vérité dans tout son jour (3). Que gagne-t-on, en conséquence, à aller chercher dans Ulpien des phrases isolées, plus trompeuses que concluantes? On n'a pas besoin du droit romain pour savoir que la violence peut engendrer des abus, et qu'une législation attentive doit les prévenir. C'est ce que fait le Code pénal, en punissant toute attaque contre les personnes. Mais, lorsqu'on n'a fait que reprendre de soi-même ce qui nous appartient, et que le ressaisissement est opéré, que parle-t-on de rendre provisoirement la chose à l'usurpateur? Voilà certes une belle punition du méfait qui vous effraie, puisque plus tard l'usurpateur reviendra au point où il en est lors de l'action en réintégrande, et qu'il rendra d'une main ce que vous lui faites restituer de l'autre! Les règles du droit on dit : *Multa prohibentur in jure quæ, si facta fuerint, firma manent*. C'est le cas de les appliquer ici; le Code de procédure civile en fait une loi.

Du reste, consultons l'article 2060 du Code civil, et

---

(1) Pourvu que cela fût sans violence armée. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 216, n° 8.

(2) N° 32.

(3) Liv. 4, n° 154.

nous y verrons que ce n'est pas contre le propriétaire qui rentre dans son héritage par voie de fait, que la loi déploie la menace de la contrainte par corps et des dommages et intérêts; elle réserve ses rigueurs pour celui qui expulse le propriétaire. Est-ce ainsi, je le demande, qu'on procédait du temps de Beaumanoir? Le propriétaire dessaisi qui *requérait sa chose par force de celui qui ce mal avait fait* (1) n'était-il pas condamné en des dommages et intérêts, et même en une amende envers le Roi, *parce qu'il allait contre l'établissement fait pour le quemun profit du royaume* (2)? Est-il donc possible d'aller chercher des analogies dans des institutions aussi surannées?

310. Le mot de réintégrande, employé par l'article 2060 du Code civil, de même que par l'ordonnance de 1667, n'a pas l'effet magique de les faire revivre, quoi qu'en aient pensé M. Henrion de Pensey et le rédacteur de l'arrêt du 28 octobre 1826. Je le répète, parce que ce point a de l'importance, et que cet arrêt l'a méconnu. La réintégrande avait perdu, depuis le quatorzième siècle, les caractères qui, pour la forme et pour le fond, en faisaient une procédure différente de la complainte. Il y avait fusion complète des deux interdits *recuperandæ et retinendæ possessionis*. La complainte était le terme générique pour le cas de nouvelleté, comme pour le cas de spoliation. Les monumens les plus certains et les plus décisifs, les auteurs les plus recommandables sont là pour l'attester, et les règles de la complainte étaient forcément devenues les règles de la réintégrande, puisque, comme nous l'apprend Delaurière, *la force et la dessaisine* n'étaient plus qu'un *nouveau trouble*. Si le mot de

(1) C'est-à-dire de celui qui l'avait dépouillé.

(2) Beaumanoir, ch. 32, p. 171.

réintégrande a survécu, c'est parce que les conclusions étaient autres, en cas de dépossession, que dans le cas de nouvelleté. Ici on concluait à la cessation du trouble ; là, au ressaisissement de la chose ; c'est encore parce que la spoliation donnait lieu à des mesures plus sévères. Mais, à part ces différences, les conditions des deux actions étaient les mêmes, et les coutumes ne laissent aucun doute sur la nécessité de la possession annale pour intenter la complainte, c'est-à-dire l'action pour nouveau trouble ou pour réintégrande. Il faut en effet être conséquent ; si l'on exige l'an et jour de possession pour légitimer une complainte de nouvelleté, pourquoi ne tient-on plus à cette condition quand il s'agit de réintégrande ? est-ce que la complainte n'embrasse pas l'un et l'autre cas? Est-ce que la saisine n'est pas un élément nécessaire *de toutes les actions possessoires* (1)?

311. Si l'on objectait que l'article 2 du titre 18 de l'ordonnance de 1667 ne fait pas au demandeur en réintégrande une loi expresse de la possession annale, et que dès lors il est arbitraire de notre part de la lui imposer, nous répondrions que l'article 1er garde le même silence sur la complainte (2); qu'ainsi une lacune qui ne signifie rien dans ce second cas ne peut pas être très-concluante dans le premier ; que c'est par conséquent au droit commun qu'il faut demander les notions nécessaires pour la combler ; qu'enfin ce droit commun est tellement clair qu'on s'étonne que des jurisconsultes distingués aient fait fausse route dans son appréciation.

(1) Montargis, *suprà*, n° 300, note 4.

(2) On a vu ci-dessus que Ferrières avait voulu argumenetr de ce silence pour décider que la complainte pouvait être intentée sans avoir la possession annale. M. Merlin professe aussi cette opinion (*Quest. de droit*, v° *Complainte*).

312. Nous venons d'établir que la règle : *Spoliatus antè omnia restituendus*, n'est pas applicable au propriétaire qui recouvre sa possession annale par voie de fait.

Devra-t-on la maintenir cependant, comme le voulaient Duparc-Poullain et M. Lanjuinais, lorsqu'un individu qui n'est ni propriétaire ni possesseur annal est expulsé par un tiers qui n'a aucun droit dans l'immeuble? Je ne le crois pas; car l'article 23 du Code de procédure civile est général; il ne fait aucune de ces distinctions auxquelles on se livrait dans l'ancienne jurisprudence, suivant des systèmes plus ou moins ingénieux, mais qui n'avaient pas l'assentiment unanime. Il veut d'une manière absolue que, dans les actions possessoires, le demandeur ne soit recevable qu'autant qu'il était en possession paisible depuis une année au moins. Voilà le principe invariable; il ne saurait être modifié dans aucun cas. Et pourquoi s'en écarterait-on ici? Le demandeur n'avait pas de saisine; il n'avait pas de possession privilégiée; il n'avait qu'une détention momentanée, incapable de faire planer en sa faveur la présomption de propriété, qui rend si précieuse la possession annale. Eh bien! cette détention de fait, il l'a perdue; un autre en est investi; la possession est entre les mains de ce nouveau venu. Or, n'est-ce pas le cas de dire : *In pari causâ possessor potior habetur* (1)? Le possesseur actuel ne doit-il pas être préféré au possesseur évincé? ne peut-il pas repousser l'action de son adversaire, en lui disant : « Prouvez que vous étiez possesseur annal avant moi; car vous êtes demandeur. Quant à ce qui me concerne, je n'ai pas à vous dire comment je possède ni depuis quand je possède :

(1) L. 128, D. *de Reg. juris.*

possideo quia possideo. Voilà toute ma réponse et toute ma défense (1); quand vous aurez démontré que votre action est recevable, nous verrons alors si vous êtes fondé à lever le voile qui cache l'origine de ma possession ? »

313. Il est une autre action que l'on classe habituellement parmi les actions possessoires (2); c'est l'action appelée dénonciation de nouvel œuvre.

Dans le droit romain, lorsque quelqu'un craignait d'éprouver quelque dommage d'un travail commencé (3) sur son terrain, par autrui (4), ou même sur l'héritage voisin par le propriétaire (5), il faisait opposition auprès des ouvriers et autres personnes qui se trouvaient présens (6). Il ne fallait pas attendre que l'ouvrage fût fini, car alors on avait une autre action (7). Pour que la dénonciation de nouvel œuvre fût recevable, il fallait que l'ouvrage fût à son commencement. Ce n'est pas contre un dommage causé qu'on voulait se prémunir, mais contre un danger ou un tort à venir.

---

(1) M. Toullier, t. 11, n° 130.

(2) C'est, du moins, l'opinion de MM. Henrion de Pansey (*Compét.*, p. 383) et Merlin (*Répert.*, v° *Dénonciation de nouvel œuvre*, et t. 16. *Quest. de droit*, supplément, même mot, p. 39). Arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1820 (Dall., *Act. possess.*, p. 239. *Palais*, t. 22, p. 633). Autre du 15 mars 1826 (Dall., 26, 1, 188. *Palais*, 1826, t. 2, p. 381). Autre du 28 février 1814 (Dall., *Act. possess.*, p. 264).

(3) Remarquez bien ce qu'enseigne Ulpien, liv. 1, § 12, D. *de Operis novi nuntiatione* : « *Hoc edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola* QUÆ SOLO CONJUNCTA SUNT, *quorum constructio vel demolitio videtur opus novum continere. Idcircò placuit si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quanquam opus faciat, tamen hoc ad edictum non pertinere*; QUIA AD EA OPERA QUÆ IN SOLO FIUNT PERTINET HOC EDICTUM. »

(4) L. 5, §§ 8 et 9, D. *loc. cit.* (Ulpien). Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 2, n°s 7 et 8.

(5) L. 5, § 10, *loc. cit.*

(6) L. 5, § 3, D. *de Nuntiat. novi operis.*

(7) L'interdit *quod vi aut clàm*, L. 1, § 2, D. *loc. cit.*

nir (1). L'effet de cette dénonciation ou interdiction était remarquable; elle interrompait sur-le-champ les travaux commencés, et, si l'on se permettait de les continuer, toute audience sur le fonds était refusée à celui qui en était l'auteur, jusqu'à ce qu'il eût remis les choses dans l'état où elles étaient au moment de la défense (2). Il importait peu qu'il eût agi avec droit ou sans droit : *Neque interest*, dit Ulpien, *jure factum sit an non; sive jure factum est, sive non jure factum est, interdictum locum habebit. Quidquid autem ante remissionem* (la levée de la défense) *fit pro eo habendum est atque si nullo jure factum esset* (3).

La dénonciation de nouvel œuvre une fois faite, on allait devant le préteur, pour savoir si elle devait durer ou si elle devait être levée. Le dénonçant remplissait le rôle de demandeur; celui qui demandait la levée de la défense était défendeur (4); car c'était une maxime que : *In operis novi nuntiatione, POSSESSOREM adversarium facimus* (5). Il était possesseur en effet, puisque, en donnant caution, il pouvait obtenir de continuer les travaux (6).

Le préteur examinait sommairement le différend (7); s'il reconnaissait que le demandeur était fondé en droit à faire la défense, il la maintenait : *Nuntiationem ibi demum voluisse prætorem tenere, ubi JUS EST nuntianti prohibere ne se invito fiat* (8); mais sa décision, soit

---

(1) Ulpien dit : *Nuntiamus autem quia jus aliquod prohibendi habemus*, VEL UT DAMNI INFECTI CAVEATUR NOBIS AB EO QUI QUID MOLITUR. (L. 1, D. 17, *loc. cit.*).

(2) L. 1, § 7, D. *loc. cit.*, et l. 20, § 1, D. *loc. cit.*

(3) L. 20, § 3 et 4, D. *loc. cit.*

(4) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 6, nº 29, d'après Ulpien, l. 5, § 19.

(5) Ulp., l. 1, § 6, D. *loc. cit.*

(6) Pothier, *loc. cit.*, p. 2, note (5).

(7) *Id.*, p. 6, nº 31.

(8) Ulp., l. 1, § 12, D. *loc. cit.*

pour donner main-levée de la défense, soit pour la maintenir, ne portait aucun préjudice au fond, et l'on pouvait intenter ensuite les actions confessoires et négatoires de servitude, pour légitimer ou faire détruire l'ouvrage commencé (1).

Lorsque l'auteur des travaux se croyait fondé, il se hâtait d'offrir et de donner caution que, s'il succombait, il détruirait les travaux faits et à faire, et paierait des dommages et intérêts. Par ce moyen, il s'exemptait d'aller plaider devant le préteur sur la main-levée de la défense, et il continuait ses travaux, sauf à les détruire ensuite, s'il avait agi sans droit (2).

L'interposition de cette caution avait ce résultat, que le constructeur jouissait à son tour d'un interdit pour empêcher le dénonçant de contrarier ses travaux (3).

Justinien apporta quelques changemens à cette procédure, par la loi dernière au Code *de novi operis Nunt*. Il voulut que, la dénonciation de nouvel œuvre étant faite, le juge fit son possible pour terminer le débat dans les trois mois; que, s'il ne le pouvait, il fût permis à celui qui avait commencé ou préparé son bâtiment de le parachever, après avoir donné suffisante caution de le démolir et de payer tous dommages (4).

314. La dénonciation de nouvel œuvre passa de bonne heure dans notre procédure française, mais avec des modifications qui de jour en jour sont devenues plus marquées. Voici comment s'en explique Boutillier (5),

---

(1) Paul, l. 19, D. *loc. cit.*

(2) Ulp., l. 5, § 17, et l. 21, § 1, D. *loc. cit.*

(3) *Voy.* les lois rapportées par Pothier, nº 38.

(4) *Voy.* Fachin, lib. 8, cap. 48 de ses *Controverses*.

(5) L. 2, t. 32. M. Merlin, *Répert.*, vº *Dénonciation de nouvel œuvre*, et t. 16, et M. Henrion de Pensey, *Compét. des juges-de-paix*, ont cité cet ancien auteur.

conseiller au parlement de Paris, mort au commencement du quinzième siècle (1) : « Si sachez que dénonciation de nouvel œuvre a lieu si tôt que quelqu'un « fait ou fait faire nouvel œuvre au préjudice d'autres, « celui qui sent que c'est en son préjudice le peut dé« fendre et dénoncer... Si sachez que cette dénoncia« tion est de tel effet, si tôt que celui qui se sent « troublé s'en aperçoit, il peut venir sur le lieu où on « fait et *commence* cette nouvelle œuvre (2), et dire « à ceux qu'il trouvera là, soit qu'ils soient des gens « de celui qui fait faire ou non, soit que celui y soit « qui l'ouvrage fait ou non, et doit ainsi dire aux ou« vriers et assistans qui là seront trouvés : *Vous fai« tes cy nouvel œuvre à mon préjudice : je vous dé« nonce que vous cessiez de faire et désistiez entière« ment; et de ce que vous fait avez, je fais protesta-*

(1) On ne sera pas fâché de connaître la décision suivante, rendue par le pape Honorius III : « Sur la requête des chanoines de l'église « de Sainte-Opportune de Paris, nous avons eu connaissance que N..., « citoyen de Paris, bâtissait sur un site appartenant à leur église, mal« gré leurs probibitions ; qu'ils ont porté la question devant l'official de « Paris, offrant de prouver sur-le-champ le préjudice qu'ils éprou« vaient, ensemble leur droit de propriété sur le site en question ; « qu'ils ont demandé qu'il fût fait défenses à N... de continuer son édi« fice, malgré son offre de donner caution *de démolition* ; et comme « l'official rendit un interlocutoire pour admettre la preuve offerte, avec « injonction de suspendre les travaux en attendant, N... en appela au « tribunal ecclésiastique de Sens. Là, l'official de Sens, ayant révoqué la « sentence interlocutoire, admit la caution offerte par l'appelant et re« jeta la preuve articulée par les chanoines. Ceux-ci en appelèrent alors « à notre audience, requérant l'admission de leur preuve et la défense de « passer outre aux travaux. C'est pourquoi nous vous faisons savoir que, « si les faits sont tels qu'ils ont été exposés, vous révoquiez et considé« riez comme nul tout ce que vous trouverez avoir été fait depuis ce « dernier appel. »

Cette décision est fondée sur ce que, d'après la constitution de Justinien, la caution n'est recevable qu'autant que l'instance ne peut se vider que dans trois mois.

(2) *Voy.* les lois romaines ci-dessus; c'est là leur esprit : dommage à craindre, et non pas tort éprouvé.

« tion que tout soit démoli et réparé, et que amende
« soit si avant que juge esgardera qu'il appartiendra.
« Et, ne le convient ja, autrement faire dénoncer à ce-
« lui qui la nouvelle œuvre fait faire, si présent n'y est
« trouvé; mais bien lui fassent les ouvriers savoir si bon
« lui semble; car si depuis il y était œuvré, ce serait
« attenté, et tomberait en peine et amende d'attentat.
« Et de fait, *convient que l'ouvrage soit cessé du tout*,
« jusqu'à ce que celui qui l'ouvrage fait faire fait
« convenir et dénoncer par-devant le juge, à savoir
« pourquoi il a fait cette dénonciation; et sera le fe-
« seur de l'ouvrage demandeur en ce cas, et le dénon-
« çant possessionnaire ou possesseur de sa dénoncia-
« tion, *qui est grande dignité en procès* (1). Alors le
« dénonçant, comme défendeur et possesseur, soutien-
« dra la dénonciation et les causes qu'il a de ce faire;
« mais, selon aucuns, il est de nécessité que cette dé-
« nonciation soit faite dedans l'an que cette nouvelle
« œuvre est commencée, et, *la cause mise en cour,*
« *le procès doit être fait en trois mois* (2), sinon, le
« feseur de la nouvelle œuvre requiert, disant que
« le procès est apparent de durer longuement, et par
« ainsi, l'œuvre qui est profitable et nécessaire pou-
« voir aller à perdition... Le juge d'office peut et doit
« pourvoir à ce que l'ouvrage se parfasse, en baillant
« suffisante caution (3). »

On voit donc, d'après le récit de Boutillier, que la dénonciation de nouvel œuvre n'avait en vue qu'un dommage éventuel, et non un dommage consommé; partant de là, il semble que les conclusions véritables de cette action dussent être, non pas la démolition

(1) Ce n'est par ainsi que les choses se passaient dans le droit romain.

(2) On a vu tout à l'heure que Justinien le voulait ainsi.

(3) C'est encore là la jurisprudence justinienne.

des travaux, mais leur suspension immédiate. C'est aussi d'une interruption du nouvel œuvre que parle sans cesse Boutillier ; néanmoins, il laisse percer chez le dénonçant l'intention d'en demander plus tard la destruction. Mais n'y a-t-il pas là contradiction ? Si les travaux sont arrêtés assez à temps pour qu'il n'y ait pas encore de dommage, sur quoi fondera-t-on la demande en démolition ? Sur un tort ? sur un dommage éprouvé ? Il n'y en a pas d'actuel, et la cause du danger a cessé. Et cependant, là où il n'y a pas d'intérêt, il ne saurait y avoir d'action. — Quoi qu'il en soit, prenons acte de ce nouveau point de vue, qui vient s'ajouter à la dénonciation du nouvel œuvre, pour faire remarquer qu'on commençait à la mêler avec la complainte.

315. Plus tard, la procédure se perfectionna ; on ne permit plus que la prohibition se fît par parole du dénonciateur, sans autorité du juge. *Undè liquet*, dit Huberus, *effectum nuntiationis, quæ verbis fit, esse obsoletum* (1). On régularisa la marche de l'action, en exigeant qu'il serait donné assignation à la partie de comparaître devant le juge des lieux, pour voir dire que l'auteur des travaux ait à faire cesser l'ouvrage, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné. Le juge, parties ouïes par-devant lui, décidait si la dénonciation tiendrait, ou si celui qui avait commencé à bâtir continuerait en donnant caution (2) : c'était à sa prudence qu'il appartenait de juger si le défendeur pouvait être admis à donner caution pour continuer les travaux.

316. Du reste, il est un point que je dois faire remarquer, parce qu'il a de l'importance, c'est que, dans

---

(1) Sur le titre *de operis novi Nuntiat*, n° 16, p. 1391.

(2) Carondas, sur Boutillier. MM. Henrion et Merlin, *loc. cit.*, et Huberus, *loc. cit.*

la pratique, on confondait très-souvent la dénonciation de nouvel œuvre avec la complainte, et qu'oubliant son origine et sa portée dans le droit romain, on donnait son nom à presque toutes les actions en trouble, fondées sur des constructions nouvelles dont on voulait demander la démolition. Boniface m'en offre la preuve (1); il appelle indistinctement *dénonciation de nouvel œuvre*, *complainte de nouvelleté*, *statut de querelle*, des actions où il s'agissait uniquement, non de suspension de travaux, mais de comblemens de fossés et de démolition de bâtimens construits. C'est aussi dans ce sens que parle Henrys, dans une espèce où il y avait des conclusions prises pour la destruction d'un moulin commencé, et la remise des lieux dans l'état où ils étaient auparavant (2).

317. Ni le Code civil, ni le Code de procédure, ne se sont occupés de la dénonciation de nouvel œuvre. Ce silence a fait demander si cette action est exclusivement possessoire, comme l'a établi la jurisprudence de la cour de cassation, d'après MM. Henrion de Pensey et Merlin.

M. Carré est d'avis que les lois anciennes sur la dénonciation de nouvel œuvre sont abrogées; qu'elle n'est plus admise comme action spéciale et ayant des effets qui lui soient propres; qu'elle n'est jamais qu'incidente à une action principale, soit possessoire, soit pétitoire; que c'est une simple provision qu'il faut demander au juge du fond, incidemment à la demande principale (3).

318. Aucun de ces avis ne me paraît complètement satisfaisant. Pour rectifier ce qu'il y a d'inexact dans les

(1) Liv. 3, t. 12 et 13, ch. 1 et 2.
(2) Liv. 4, ch. 6, quest. 84, t. 2, p. 546, n° 6.
(3) *De la Compétence*, t. 1, p. 500, 501.

doctrines proposées jusqu'ici par les auteurs, je crois nécessaire d'entrer dans quelques distinctions.

Si le nouvel œuvre est fait par autrui sur mon fonds (1), nul doute que l'action que j'exercerai pour l'arrêter dans ses commencemens ne soit une action en complainte, si je la fonde sur un trouble que j'éprouve dans la possession d'an et jour de la chose qui m'appartient. Peu importe le nom qu'on lui donne par souvenir des lois romaines ; si on l'appelle *dénonciation de nouvel œuvre*, c'est pour indiquer une opposition à un trouble futur bien plus encore qu'à un trouble présent, un ouvrage à faire plutôt qu'un ouvrage consommé. Mais il n'en est pas moins vrai qu'au fond ce n'est rien autre chose qu'une demande possessoire pour nouvelleté, de même nature que celle qu'on dirigerait si l'ouvrage était terminé, et qu'il en résultât un trouble dans la jouissance du possesseur. Je crois même que, dans notre jurisprudence moderne, le défendeur ne serait pas reçu à offrir caution pour continuer les travaux. C'est ce qu'enseigne Huberus : *Silicet*, dit-il (*admittenda est cautio*), *quandò quis ædificat in suo; neque enim me, in possessione meâ, quisquam, prætextu satisdationis, turbare potest* (2). D'après les règles ordinaires en matière de complainte, les ouvrages entrepris devraient même être démolis, et les choses remises dans leur ancien état. En un mot, je ne vois pas ici la moindre différence entre la complainte

(1) On dit vulgairement que la dénonciation de nouvel œuvre ne s'exerce que contre celui qui fait sur son propre fonds quelques ouvrages nuisibles au fonds voisin (*voy.*, par exemple, M. Dalloz, 1826, 1, 188, note 2). — Mais ce n'est pas ainsi que l'entendaient les lois romaines ; on en a vu la preuve ci-dessus. *Henrys* rapporte aussi un cas qu'il appelle *de nouvel œuvre*, dans une espèce où le sieur de la Baume avait fait commencer un moulin sur des assablissemens et graviers que le sieur de Rostain prétendait lui appartenir. (liv. 4, ch. 6, quest. 84).

(2) Lib. 89, t. 1, n° 11, p. 1391.

et la dénonciation de nouvel œuvre : s'il y a eu un commencement de dommage, et que j'en demande la réparation, ainsi que la remise des lieux dans leur ancien état, on aura beau donner à l'action le nom de dénonciation de nouvel œuvre, ce ne sera qu'une action en complainte; si, n'y ayant pas encore commencement de dommage, je me borne à demander que les travaux seront arrêtés, sans prendre de conclusions pour le rétablissement des lieux, parce qu'il n'y a rien encore d'assez avancé pour en avoir changé l'état (1), ce sera certainement alors une véritable dénonciation de nouvel œuvre, dans la pureté des lois romaines, mais ce ne sera pas moins une action pour me maintenir dans ma possession, c'est-à-dire une action possessoire de la compétence des juges-de-paix. L'on voit, par ces observations, combien est trop absolue la théorie de M. Carré, qui veut que l'opposition au nouvel œuvre ne se fasse jamais que par demande incidente à une action principale. Il est clair que ce que M. Carré appelle l'incident est ici le principal. Ce que je demande, c'est, au principal, l'arrêt des travaux, et je le demande comme possesseur annal. En ordonnant l'interruption de l'oeuvre commencé, le juge-de-paix fera droit à ma demande principale, à la seule demande que je lui adresse, à la seule que j'aie intérêt de lui adresser, puisque je n'ai pas encore souffert de dommage.

Que si, au lieu de fonder ma demande sur une possession d'an et jour, qui peut me manquer quoique je sois propriétaire, je la fonde sur un droit de propriété

(1) On peut supposer, par exemple, que mon voisin a réuni les matériaux sur son fonds pour bâtir sur le mien, et qu'averti par ses préparatifs, ainsi que par un tracé qu'il a fait sur mon terrain, je prends l'initiative en lui faisant faire défense de rien construire et de réaliser son projet.

et sur des titres ; une dénonciation de nouvel œuvre sera pétitoire, et, comme il m'importe d'empêcher d'urgence la continuation de travaux qui peuvent m'être très-préjudiciables, je m'adresserai au président du tribunal pour statuer par voie de référé, et ordonner provisoirement, et sans préjudicier au fond, la suspension du nouvel œuvre. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Rouen du 25 avril 1826, qui peut être suivi dans les analogues (1). Ou bien on pourra suivre encore une autre marche, celle qu'indique M. Carré : on fera une demande pétitoire, et l'on conclura incidemment, et par provision, à la suspension des travaux. Cette procédure rentre dans la disposition des articles 134 et 337 du Code de procédure civile ; elle est tout-à-fait légale. Conçoit-on, en effet, qu'on puisse, dans un cas pareil, s'adresser au juge-de-paix? Car la demande incidente sur le provisoire n'est pas fondée sur la possession, elle repose sur le droit de propriété : il ne s'agit donc pas ici d'action possessoire et de l'application des articles 3 et 23 du Code de procédure civile.

319. Et c'est maintenant le tour de MM. Merlin et Henrion de Pensey de succomber dans leur système infiniment trop absolu, qui consiste à dire que la dénonciation de nouvel œuvre est essentiellement possessoire comme la complainte. Ces deux auteurs se sont laissé tromper par le raisonnement suivant : La dénonciation de nouvel œuvre était, dans le droit romain, un interdit (2). Or, les interdits étaient des actions possessoires, d'après la définition de Cujas : *Decreta de possessione vel quasi possessione facta, quibus non perpetua*

(1) *Journal du Palais*, 1827, t. 3, p. 539. Il m'a été assuré par des jurisconsultes en qui j'ai toute confiance qu'à Bordeaux cela ne fait pas le moindre doute et se pratique tous les jours ainsi. *Voy.* nº suivant.

(2) L. 20, §§ 1, 6, 10, 12, 13, 14, 16, 28 ; D, *de operis novi Nuntiat.*

possessio adducitur, sed temporaria, quoad de proprietate judicatum sit (1). Donc la dénonciation de nouvel œuvre est exclusivement une de ces actions possessoires qui ne peuvent être portées que devant les juges-de-paix.

Mais il n'est pas vrai que les interdits fussent toujours fondés sur la possession. C'est Cujas lui-même qui nous apprend, d'après la loi 2, § *Quodam*, D. *de Interdictis*, que les interdits pouvaient servir de rempart à la propriété : *Interdictum non tantùm de possessione editur, vel quasi possessione, sed* ET DE PROPRIETATE INTERDUM ET DE QUASI PROPRIETATE (2).

D'ailleurs, aujourd'hui que nous ne tenons pas à la forme et au nom des actions, il est dangereux de chercher à se modeler sur les règles du droit romain, si éloigné de notre système de procédure ; et c'est ce qu'avait compris un savant jurisconsulte allemand, le célèbre Huberus. Après avoir exposé la théorie du droit romain sur la dénonciation de nouvel œuvre, il termine en enseignant que, dans les usages modernes, on peut, suivant les cas, l'intenter soit par la voie possessoire, soit par la voie pétitoire : *Porrò cum* MORIBUS HODIERNIS *actionum nomina non exprimantur, hæc agendi facultas non negabitur ideò, quod quis alio modo suum jus persequi possit, actione communi dividundo, vindicatione servitutis, interdicto uti possidetis, quod vi aut clàm, vel simili.* POTEST QUOQUE NON MODO PETITORIÈ, SED ETIAM POSSESSORIÈ, *ex omnibus illis causis, si quis, ædificando, per alium in usu juris sui turbetur, agere; idque vel solemni interdicto curiæ, vel in municipiis a magistratibus eorum, vel*

(1) Sur le tit. 1, du liv. 8 du C. de Justinien.
(2) *Observat.*, lib. 5, cap. 17.

eorum delegatis, ei curæ quam politiam vocant præpositis (1).

J'ai insisté sur ce point, parce que je sais que, dans la pratique, on est quelquefois embarrassé pour savoir si, lorsqu'on n'a pas la possession, on peut se pourvoir en dénonciation de nouvel œuvre devant le juge des référés, ou par demande incidente dans le cours d'une action au pétitoire. Les doctrines trop absolues de MM. Merlin et Henrion de Pensey ont singulièrement faussé les idées à cet égard. Je crois que les justes tempéramens par lesquels j'ai cherché à les modifier lèveront des scrupules mal fondés et toujours nuisibles à la célérité des affaires. D'ailleurs, l'usage confirme mon opinion : dans une foule de circonstances, j'ai vu obtenir la suspension des travaux, soit par voie de référé, soit par voie de demande incidente (2). Mais, remarquons-le bien ! cette voie n'est possible qu'autant qu'on se borne à demander un simple provisoire, un simple *statu quo*. Si l'on y joignait une demande en rétablissement des lieux et en destruction des travaux, ce serait sortir de la dénonciation de nouvel œuvre : ce ne serait plus un provisoire, ce serait le fond. Il faut faire attention de ne pas confondre des choses aussi différentes. La jurisprudence des arrêts s'y est quelquefois trompée (3).

320. Supposons maintenant que les travaux dont on se plaint soient faits sur l'héritage d'autrui : les principes seront absolument les mêmes que ceux que j'ai déduits aux numéros précédens.

Y a-t-il en effet, sur le fonds du voisin, des préparatifs de travaux qui, s'ils étaient continués, me causeraient du trouble dans ma possession annale ? je

(1) Lib. 39, t. 1, nº 20, *in fine*, p. 1391.
(2) *Voy.* au nº 318.
(3) Voy. nº suivant, ce que je dis d'un arrêt de Rouen.

peux saisir le juge-de-paix pour qu'il ordonne que les travaux seront arrêtés, et ce sera une action possessoire que j'intenterai. Les travaux sont-ils assez avancés pour me porter un dommage actuel? creuse-t-on chez le voisin un cloaque dont les eaux s'infiltrent chez moi et troublent ma possession? a-t-on élevé à une distance moindre de six pieds de mon mur (1) des constructions qui, quoique non encore achevées, nuisent à mes jours? je pourrai également agir au possessoire, et demander non-seulement l'interruption des travaux, mais encore leur destruction, si je suis possesseur annal; et ce sera alors non pas une véritable dénonciation de nouvel œuvre, mais une action en complainte, avec laquelle on la confond souvent. Enfin, n'ai-je pas la possession, ou bien ma possession est-elle de celles qui ne donnent pas le possessoire (2)? forcé alors d'agir au pétitoire et de me retrancher sur mes titres, je pourrai assigner mon adversaire devant le tribunal civil, pour obtenir la démolition des travaux, et, en attendant, je formerai une demande incidente pour en obtenir provisoirement la suspension (3);

---

(1) M. Duranton, t. 5, p. 361 et 540. M. Dalloz, *Servitudes*, p. 56, où l'on trouvera les arrêts à ce relatifs. M. Pardessus, p. 353, 360. *Répert.*, vº *Vue*. Desgodetz, p. 268.

(2) Par exemple, Kellermann avait commencé une construction à quinze pieds de celle de Vacgemans. Celui-ci prétendit avoir une servitude *ne luminibus officiatur*, et il actionna Kellermann en dénonciation de nouvel œuvre, devant le juge-de-paix. La cour de cassation décida, par arrêt du 28 février 1814, que, la servitude réclamée par Vacgemans étant non apparente, la possession ne donnait aucun droit; qu'il ne pouvait, par conséquent, y avoir lieu à action possessoire devant le juge-de-paix (Dall., *Action possessoire*, p. 263 et 264). C'est donc au pétitoire que Vacgemans devait agir : rien n'est plus certain. Mais, au pétitoire, n'y a-t-il aucun moyen d'arrêter les travaux? Il semblerait résulter que non, d'après l'arrêt de la cour de cassation qui dit que l'*inhibition de construire est une action possessoire*. Mais qui admettra jamais une telle doctrine?

(3) C'est la doctrine de M. Carré.

ou bien, s'il y a urgence reconnue, rien ne m'empêchera de saisir le juge des référés (1), et d'obtenir de lui une ordonnance pour interrompre les travaux jusqu'à ce que le fond soit décidé.

321. Mais je répète que cette marche n'est admissible qu'autant qu'on se borne à réclamer un *statu quo*; elle ne serait pas praticable si l'on y joignait des conclusions qui toucheraient à la possession. C'est ce que n'a pas aperçu la cour de Rouen, dans une espèce où un sieur Auzou, privé des eaux qui remplissaient son lavoir, par un barrage opéré par le sieur Lemaître sur son propre fonds, demandait, en référé, la destruction du barrage dont il s'agit. Le président du tribunal de première instance de Rouen s'était avec raison déclaré incompétent; mais, par arrêt du 25 avril 1826 (2), la cour déclara le référé compétemment porté; en conséquence elle ordonna que le nouvel œuvre serait détruit et que les eaux seraient rendues à leur libre cours. Je crois que cet arrêt contient un flagrant excès de pouvoir. En effet, la cour ne pouvait s'occuper de la contestation qu'autant que la possession eût été laissée à l'écart jusqu'à la décision du fond; or, ordonner que le barrage serait détruit n'était-ce pas accorder, en attendant, à Auzou la possession de l'eau? n'était-ce pas juger par conséquent une question possessoire du domaine du juge-de-paix? La cour ne devait-elle pas se borner à ordonner que les travaux seraient arrêtés et que les choses resteraient en état?

322. Il est vrai que, d'après les faits de la cause, il paraît que les travaux du barrage étaient parachevés; le débat n'était donc pas un débat de nouvel œuvre, qui suppose toujours que les travaux ne sont que com-

(1) Art. 806, C. de pr. civ.
(2) *Palais*, 1827, t. 3, p. 539.

mencés et que le dommage n'est pas fait. *Adversùs opera futura inductum est, non adversùs præterita, hoc est adversùs ea quæ nondùm facta sunt, ne fiant* (1). Cette circonstance est une raison de plus pour prouver combien la cour s'est trompée sur l'étendue de sa juridiction. De deux choses l'une : ou Auzou demandait la jouissance de l'eau comme possesseur, et c'était une action possessoire ordinaire qu'il intentait, non plus pour faire suspendre les travaux, mais afin de faire détruire le barrage parachevé : il devait agir par voie de complainte (2) ; ou bien il procédait par la voie pétitoire, et la cour ne devait pas, par provision, faire détruire des travaux dont le sort ne pouvait dépendre que du jugement du fond. Qu'on suspende les travaux par provision, cela se conçoit ; mais les faire détruire ! ! c'est une justice passablement arbitraire.

323. En résumé, la dénonciation de nouvel œuvre, prise dans son véritable sens, est une mesure de précaution, une simple inhibition de construire, qui tantôt se lie à la possession, tantôt à une question de propriété, et qui, suivant l'exigence des cas, peut être portée soit devant le juge du possessoire, soit devant le juge du pétitoire. Dire que par elle-même elle est essentiellement possessoire, c'est une exagération, et par conséquent une erreur ; dire qu'elle n'est jamais une action possessoire, et qu'elle ne saurait être qu'un incident, soit dans le pétitoire, soit dans le possessoire, c'est également sortir de la vérité. Je crois avoir exposé avec plus de mesure les principes de la matière, et m'être tenu dans un juste milieu dont les arrêts et les auteurs se sont fréquemment écartés.

324. Et ici faisons une observation qui a échappé à

(1) Ulp., l. 1, § 1, D. *de operis novi Nuntiat.*
(2) Même loi.

la sagacité habituelle de M. Dalloz. Cet auteur, traçant une ligne de démarcation entre la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, limite la première aux travaux commencés sur le fonds du possesseur, et la seconde aux ouvrages entrepris sur le fonds voisin (1). Les travaux sont-ils commencés sur le fonds du possesseur? c'est une action en complainte qu'il faut diriger; les travaux sont-ils commencés sur le fonds voisin? il ne peut y avoir lieu à complainte: la dénonciation de nouvel œuvre est seule praticable, et, s'ils sont finis, il n'y a plus qu'à se pourvoir au pétitoire. Ainsi pense M. Dalloz; mais rien ne me paraît moins exact que ce signalement des actions possessoires ordinaires et de la dénonciation de nouvel œuvre. De même qu'il peut y avoir dénonciation de nouvel œuvre pour des travaux faits sur le fonds du possesseur aussi bien que pour des travaux faits sur le fonds voisin (2), de même il peut y avoir lieu à complainte, non-seulement quand le trouble provient d'une entreprise faite sur l'héritage du possesseur, mais encore quand les ouvrages nuisibles sont faits sur le fonds voisin. Il y en a une foule d'exemples dans la jurisprudence. Si vous faites sur votre fonds un barrage ou un réservoir qui me prive des eaux dont j'ai joui pendant un an, il y a trouble en cas de saisine et nouvelleté. J'aurai donc contre vous la complainte, et je pourrai faire détruire les travaux préjudiciables par lesquels vous avez attenté à ma possession (3).

(1) 26, 2, 188.

(2) Je l'ai établi *suprà*, nº 318 et suiv.

(3) Arrêt de la cour de cassation du 28 avril 1829 (Dall., 29, 1, 372. *Palais*, 1829, t. 3, p. 260). *Voy.* autre arrêt semblable, 13 avril 1819 (Dall., *Action possessoire*, p. 240. *Palais*, t. 21, p. 267. Sirey, 19, 1, 489). 1er mars 1815 (Dall., *loc. cit.*, p. 266), et surtout 22 mai 1833 (Dall., 33, 1, 218. Sirey, 33, 1, 321), et 17 juin 1834 (Dall., 34, 1, 385. Sirey, 34, 1, 542).

C'est aussi l'avis de M. Merlin, *Quest. de droit*, supplément, vº *Dénonciation de nouvel œuvre.*

Qu'importe en effet d'où provienne le trouble! existe-t-il, oui ou non? voilà toute la question : s'il existe, la cause du trouble doit disparaître, et la possession doit me revenir intacte.

325. Quel est donc le caractère distinctif de la complainte et de la dénonciation de nouvel œuvre, caractère souvent méconnu, à la vérité, mais qui survit à toutes les erreurs? Il n'est pas dans le lieu où les travaux sont établis : il est dans leur degré d'avancement et dans la mesure de dommage qu'ils occasionent. Si le travail, en quelque lieu qu'il soit fait et placé, occasione un dommage positif, un trouble préjudiciable à la possession, c'est la complainte qui doit être intentée : le mot de dénonciation de nouvel œuvre, appliqué à ce cas, n'est qu'un non-sens. Mais, s'il n'y a pas encore de dommage, et qu'on se borne à demander une simple inhibition de continuer les travaux, c'est là une dénonciation de nouvel œuvre, quel que soit le lieu où ces travaux se préparent et se commencent. C'est ainsi que les Romains entendaient cette action, que nous leur avons empruntée. Que si on laisse parachever les travaux, et qu'il en résulte un trouble dans la possession, on aura la complainte, quand même ce serait sur le fonds d'autrui que les ouvrages seraient élevés; il ne sera pas rigoureusement nécessaire de recourir au pétitoire pour les faire détruire (1).

326. Je sais que cette opinion, que je combats chez M. Dalloz, est appuyée par cet auteur d'un arrêt de la cour de cassation du 25 mars 1826 (2), qu'on est fort embarrassé de concilier avec les arrêts que j'ai tout à

(1) C'est aussi l'opinion de M. Carré, *Compét.*, t. 1, p. 501, note.

(2) Dall., 26, 1, 188. *Palais*, 1826, t. 2, p. 381. Sirey, 26, 1, 349. Il y a un autre arrêt conforme, du 14 mars 1827 (Dall., 27, 1, 172. Sirey, 27, 1, 383).

l'heure cités en note ; mais les variations de cette cour sont si fréquentes (et quels sont, au surplus, les jurisconsultes qui n'ont pas varié?) (1), qu'il est bien difficile d'arriver, par son concours, à l'unité en jurisprudence.

Saulneret avait fait dans son fonds un cloaque qui filtrait dans la cave de Martin. Celui-ci intenta complainte (2), attendu qu'il était troublé dans sa jouissance par l'infiltration des eaux (3). Jugement qui condamne Saulneret à combler l'excavation, et à 30 francs de dommages et intérêts.

Sur l'appel, jugement du tribunal de Louhans, qui considère qu'il s'agit dans l'espèce d'un nouvel œuvre ; mais que le juge-de-paix n'est compétent, pour en connaître, qu'autant qu'on demande d'arrêter les ouvrages commencés ; que, lorsque les travaux sont parachevés, la cause sort des attributions du juge-de-paix, puisqu'elle ne peut plus être décidée par un provisoire, mais bien par un jugement pétitoire sur le fond du du droit ; qu'ainsi le juge-de-paix a excédé les limites de sa compétence et prononcé sur le pétitoire.

Sur le pourvoi de Martin, il intervint un arrêt ainsi conçu (section des requêtes, M. Henrion, président) :

« Considérant qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une dé« nonciation de nouvel œuvre ;

« Qu'en thèse générale, cette action est de nature

(1) Les variations de Cujas sont célèbres.

(2) Notez bien le mot, que je prends textuellement dans les recueils d'arrêts.

(3) On sait qu'on n'a pas le droit de construire chez soi un cloaque qui nuise au voisin ; c'est pourquoi l'art. 674 exige qu'on observe une certaine distance. Et si, malgré cette précaution, les eaux s'infiltrent et pénètrent le massif des terres, il est dans l'esprit de la loi que la cause du dommage disparaisse (M. Merlin, *Répert.*, vo *Cloaque*. M. Garnier, *des Rivières*, part. 2, no 153, p. 126).

« possessoire (1), en ce qu'elle tend à faire interdire « la continuation de l'ouvrage commencé, et faire or« donner que les choses demeurent *in statu quo;*

« Mais attendu qu'il ne faut pas la confondre avec « les autres actions possessoires, et qu'elle est caracté« risée par deux différences qui lui sont propres, dé« terminées par le droit romain, consacrées par l'an« cienne jurisprudence française, et conformes à la saine « raison et au véritable esprit des lois nouvelles (2): « 1° en ce que l'interdit *de novi operis nuntiatone* ne « peut plus être exercé après qu'on a laissé achever le « nouvel ouvrage sans s'en plaindre; 2° en ce que, « si l'interdit a été exercé avant la fin de l'ouvrage, « son effet se borne à en faire défendre la continua« tion, *jusqu'à ce que le juge du pétitoire ait décidé si « le propriétaire qui a commencé l'ouvrage sur son « propre fonds a le droit de l'achever, ou s'il doit le « détruire; question qui tient essentiellement à la pro« priété, et ne peut devenir l'objet d'une complainte;*

« Attendu qu'autoriser, dans ce cas, un juge-de« paix à faire détruire des ouvrages commencés, et à « plus forte raison des ouvrages terminés, ce serait « l'investir d'une juridiction exorbitante, qui n'est ni « dans la lettre, ni dans l'esprit des lois nouvelles;

« Considérant que, dans ce cas particulier, le de« mandeur n'a intenté son action qu'après l'ouvrage « achevé, d'où il suit que le juge-de-paix ne devait « pas l'accueillir, et que le juge a, en outre, excédé « ses pouvoirs en ordonnant la destruction des ouvra« ges; attendu que le jugement attaqué a réservé au « demandeur tous ses droits au pétitoire, rejette. »

---

(1) C'est là une proposition trop générale, dont j'ai démontré les vices.
(2) C'est beaucoup dire!!

Il ne me sera pas difficile de montrer l'erreur de cet arrêt.

D'abord, remarquons une circonstance qui n'est pas sans gravité. Le tribunal de première instance et la cour de cassation s'obstinent à appeler dénonciation de nouvel œuvre l'action de Martin : ce n'était cependant qu'une complainte que ce particulier prétendait exercer ; il disait : « Je suis troublé dans la possession « annale de ma cave ; je demande que le trouble « cesse. » Sont-ce là les conclusions de la dénonciation de nouvel œuvre, qui, comme le dit très-bien la cour de cassation, se bornent à faire défendre la continuation des travaux ? Non, sans doute. Pourquoi donc convertir en dénonciation de nouvel œuvre une action qui, par son titre et son objet, n'était qu'une complainte possessoire ?

Est-ce parce que la cause du trouble résidait dans des travaux faits par Saulneret sur son propre fonds ? Mais où a-t-on vu que cette circonstance caractérisât l'interdit *de novi operis nuntiatione* ? Le droit romain, que la cour de cassation invoque, ne dit-il pas le contraire (1) ?

327. La cour de cassation croit que, lorsque le nouvel œuvre est terminé, et que par conséquent il n'y a plus lieu à la dénonciation, c'est par la voie du pétitoire qu'il faut nécessairement se pourvoir ; mais, outre qu'elle a elle-même souvent jugé le contraire, il lui eût suffi de jeter les yeux sur le titre du *Digeste, de operis novi Nuntiatione*, pour se convaincre qu'elle s'égarait dans le plus faux de tous les systèmes. Voyons, par exemple, ce que dit Ulpien dans la loi 1, § 1, D. *de operis novi Nuntiatione* :

Hoc edictum remediumque operis novi nuntia-

(1) *Suprà*, nº 313. La cour de cassation le dit aussi dans son arrêt du 17 juin 1834, que j'ai cité au nº 314.

tionis adversùs futura opera inductum est, non adversùs præterita, hoc est adversùs ea quæ nondùm facta sint, ne fiant, c'est-à-dire le remède de la dénonciation de nouvel œuvre n'a pas été introduit contre les ouvrages finis, mais contre les ouvrages à faire ; il a pour but d'empêcher la confection de travaux qui n'existent pas encore.

Jusqu'ici la cour de cassation est tout-à-fait dans le vrai.

Puis Ulpien ajoute, et c'est ici que le système de l'arrêt est pulvérisé :

Nam si quid operis fuerit factum quod fieri non debuit, cessat edictum de operis novi nuntiatione, et erit transeundum ad interdictum QUOD VI AUT CLAM FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR ; ce qui veut dire :

« Car, si l'ouvrage qui ne devait pas être fait est fini, l'é« dit *de operis novi nuntiatione* cesse, et il faut recourir à « l'interdit *quod vi aut clàm*, pour le faire détruire, afin « que les choses soient remises dans leur ancien état. »

Et qu'était-ce que cet interdit *quod vi aut clàm ?* Rien autre chose qu'une branche de notre complainte en cas de saisine et de nouvelleté ; rien autre chose qu'une action possessoire pour faire disparaître les travaux faits violemment ou clandestinement pour nuire à la possession (1).

Et notez bien qu'il n'était pas nécessaire, pour légitimer l'interdit *quod vi aut clàm*, que les travaux fussent faits sur le fonds du possesseur. *Nihil enim refert*, dit Pothier (2), *in quo loco opus factum sit*, SIVE IN SUO, SIVE IN ALIENO (3).

(1) *Voy.* le titre du *Digeste*, *Quod vi aut clàm*.

(2) Sur le titre du *Digeste*, *Quod vi aut clàm*, t. 3, p. 236, n° 24.

(3) On peut fortifier cette proposition (qui, du reste, ne saurait avoir de contradicteurs), par la loi 22, § 4, D. *Quod vi aut clàm*.

D'ailleurs, si l'on consulte le titre du D. *de Cloacis*, on y verra que,

Ainsi donc voilà Ulpien qui, dans le cas où manque la dénonciation de nouvel œuvre, nous renvoie expressément à une action qui correspond à notre complainte ; voilà ce jurisconsulte qui décide que, par cette action, on obtiendra la cessation du trouble et le rétablissement des lieux dans leur ancien état : *ut restituatur*. On conçoit difficilement dès lors que les savans magistrats qui composent la section des requêtes aient consacré le système qui était déféré à leur censure.

328. La cour de cassation semble s'effrayer des pouvoirs que le juge-de-paix trouverait dans la compétence que nous réclamons pour lui ; mais ces scrupules sont exagérés : le juge du possessoire n'ordonne-t-il pas tous les jours, dans les cas de complainte, la démolition de travaux faits par autrui sur le fonds du possesseur, quoique peut-être, au pétitoire, il soit facile de prouver plus tard que le possesseur avait moins de droits que l'auteur du trouble ?

Au surplus, je ne tiens pas à ce que le juge-de-paix ait le pouvoir de faire démolir des travaux achevés ; peut-être, dans l'espèce, y avait-il moyen de faire cesser l'infiltration des eaux du cloaque sans le combler, par exemple, en le cimentant de manière à ce que la propriété voisine ne souffrît pas. Mais ce que je soutiendrai toujours, c'est que le juge-de-paix est investi du droit d'arrêter et faire disparaître le trouble, et que, tout en conciliant le maintien des travaux avec les droits du possesseur, son devoir l'oblige à atteindre l'innovation dans ses causes, et à la rendre impuissante dans ses effets nuisibles à la possession annale.

Je n'ajouterai plus qu'une observation pour termi-

---

lorsqu'un cloaque portait préjudice à autrui, on avait une action possessoire pour faire cesser ce préjudice (Ulp., l. 1, § 14, D. *de Cloacis*).

ner ma critique de la décision de la cour suprême. M. Merlin, d'accord avec moi sur la fausseté et la faiblesse des motifs de l'arrêt du 25 mars 1826, croit cependant pouvoir expliquer au fond le renvoi au pétitoire qu'il prononce, en disant que, dans l'espèce, il s'agissait d'un trouble qui, comme l'incendie ou tout autre du même genre, ne peut être réprimé que par la voie d'une action en dommages et intérêts(1). Mais j'ai bien de la peine à croire qu'on puisse adopter cette officieuse justification de l'arrêt en question. Je remarque, en effet, qu'il n'était pas seulement question de la réparation d'un dommage, mais de la cessation immédiate d'un trouble apporté à une possession annale, d'une maintenue dans le possessoire ; or, qu'y a-t-il de commun entre ce cas et celui de la réparation du tort occasioné par un incendie? Quand on envoie le feu dans la maison de son voisin, qu'on casse ses vitres, etc., on n'entend pas exercer sur sa propriété un droit qui l'oblige à supporter toujours et à jamais de pareilles atteintes ; on n'a pas la pensée de limiter à l'avenir sa possession par la répétition d'actes semblables. La question de possession est donc neutre dans de pareils démêlés ; tout aboutit à des dommages et intérêts. Mais il en était autrement dans l'espèce jugée par la cour de cassation : par l'établissement de son cloaque, Saulneret entendait enlever à son voisin la possession de sa cave telle qu'il l'avait eue auparavant ; il voulait qu'à l'avenir elle restât grevée de la servitude de recevoir l'infiltration des eaux : la possession de Martin se trouvait donc affectée par une cause permanente, qui, si elle eût été long-temps soufferte, eût pu dégénérer en droit : c'était donc le cas d'une complainte possessoire, et il n'est personne qui ne

(1) Quest. de droit, v° Dénonciation de nouvel œuvre, p. 59.

sente la différence capitale qui existe entre cette hypothèse et un dommage causé par incendie (1).

329. Il y avait dans l'ancienne jurisprudence une action qui avait trait à la possession : c'est celle de *recréance*, qu'on comparait, quoiqu'à tort, à l'interdit *adipiscendæ possessionis* des Romains, qui n'a jamais été accepté en France (2).

Voici quel était son objet.

« La RECRÉANCE, dit Ferrières (3), est aussi une « action possessoire, par laquelle on demande, par « provision, la possession et la jouissance d'une chose, « jusqu'à ce que le fond soit jugé.... On se sert de ce « terme plus ordinairement pour la provision d'un « bénéfice qui s'adjuge à celui qui a le droit le plus « apparent.

« La différence qu'il y a entre la complainte et la « recréance est que la complainte ne peut être intentée « que par celui qui a été en paisible possession ; mais « la recréance ou provision, ou la possession par pro- « vision, se demande par ceux qui se prétendent pos- « sesseurs de la même chose, ou même qui n'ont eu ni « l'un ni l'autre la possession; mais ils la demandent « chacun à leur égard, prétendant que, comme la « chose leur appartient, ils doivent aussi en avoir la « possession. Ainsi, dans ce cas, chacun est demandeur « et défendeur, parce que chacun doit se dire saisi.

« Posons pour exemple que deux seigneurs préten- « dent qu'un même héritage soit situé dans l'étendue

---

(1) On peut consulter comme analogue un arrêt de la cour de cass. du 29 décembre 1830 (Dall., 31, 1, 179), duquel il résulte que, si les branches s'étendaient depuis moins d'un an sur le voisin, celui-ci pourrait en obtenir l'élagage par action au possessoire.

(2) Le mot recréance vient de *res credita*, chose confiée.

(3) Sur Paris, t. 1, p. 1511, nº 22.

« de leur haute justice, et qu'en conséquence ils sou-
« tiennent l'un et l'autre qu'il leur appartient, ou par
« droit de deshérence ou de bâtardise, et qu'ils s'en
« soient emparés l'un et l'autre en la forme ordinaire
« et accoutumée : ils sont l'un et l'autre en possession,
« et doivent demander la recréance ou la possession
« par provision. »

On voit par cet exemple, que donne Ferrières, que la recréance pouvait être demandée incidemment, dans un procès au pétitoire, comme moyen d'avoir la possession de l'objet litigieux.

La recréance n'est pas incompatible avec le droit moderne ; c'est ce qu'enseignent avec raison MM. Henrion de Pensey (1) et Poncet (2). Mais voici comment ceci doit être entendu.

Un procès s'engage au possessoire, et le demandeur articule une possession d'an et jour, comme l'exige le Code de procédure civile. Mais il arrive que le défendeur excipe aussi d'une possession annale, et que les preuves des enquêtes se balancent tellement que le juge-de-paix hésite sur les droits respectifs.

Dans ce cas, le juge peut renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire et accorder la recréance, c'est-à-dire, une possession provisionnelle pendant le débat à suivre au fond, devant le tribunal qui doit en connaître (3). C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt positif en date du 14 novembre 1832 (4). Cette recréance est adjugée à celui qui *a le plus apparent droit* (5). Si le recréancier perd la maintenue, il doit rendre et rétablir les fruits (6).

---

(1) *Compét.*, ch. 33.
(2) *Des Actions*, p. 104, n° 68, et p. 94, n° 59.
(3) Pothier, *Possession*, n° 105.
(4) Dall., 33, 1, 1.
(5) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 27.
(6) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 28.

Mais quel est le caractère de la possession adjugée à titre de créance? C'est ce que Pothier va nous expliquer.

« Cette recréance n'a d'autre effet que de donner à « la partie à laquelle elle a été accordée le droit de « jouir de l'héritage contentieux pendant le procès au « pétitoire, à la charge d'en rendre compte à l'autre « partie, dans le cas auquel elle l'obtiendrait au péti-« toire. Mais elle n'a pas l'effet qu'a la sentence de « pleine maintenue, de déclarer possesseur celui qui « l'a obtenue, *et de le faire présumer propriétaire,* « *sans qu'il ait besoin de prouver son droit de pro-* « *priété tant que l'autre partie n'aura pas pleinement* « *justifié le sien.* Au contraire, la sentence de simple « recréance laisse la possession *in incertò* : elle ne dé-« clare point possesseur celui qui l'a obtenue, et ne le « dispense pas par conséquent d'établir sur l'instance « au pétitoire le droit de propriété qu'il prétend avoir « sur l'héritage contentieux (1). »

330. Mais on demande si aujourd'hui, comme dans l'ancienne jurisprudence, un tribunal, saisi d'une demande pétitoire, pourrait ordonner incidemment la recréance, en attendant le jugement du fond.

M. Poncet ne le croit pas, parce que les actions possessoires sont enlevées aux juges du pétitoire, et attribuées aux juges-de-paix (2). Mais faisons attention que le Code de procédure n'appelle actions possessoires que celles qui résultent d'une possession d'an et jour (3), et que, dans la recréance, il s'agit, non pas d'une véritable possession, mais d'une détention

(1) *De la Possession*, n° 105.

(2) Art. 3 et 23, C. de pr. civ.

(3) Art. 23, C. de pr. civ.

provisoire qui laisse la possession incertaine, comme nous l'enseigne Pothier. Adjuger la recréance, c'est donc prendre une mesure provisionnelle qui n'empiète pas sur la juridiction des juges-de-paix, et je n'hésite pas à croire qu'un tribunal de première instance ou une cour royale pourrait, en attendant la décision définitive sur le fonds, statuer incidemment sur la recréance. Il y a des cas où il est urgent de prendre des mesures pour que les intérêts de celui qui demande la possession provisoire ne périclitent pas, par exemple, en matière de droits d'usage dans les forêts, et surtout le pâturage, etc. Si les titres sont assez positifs pour faire supposer qu'entre ceux qui se disputent l'usage, sans qu'aucun en ait la possession (1), il y en a un qui a un droit plus certain, ce sera faire justice et rendre une décision équitable, que de l'autoriser à jouir provisoirement.

Du reste, il est un point où je pense que la jurisprudence moderne doit s'écarter de l'ancienne : c'est que, dans notre droit actuel, la recréance ne peut être demandée par action ; elle ne saurait être réclamée que par une demande incidente formée sur le possessoire ou sur le pétitoire.

331. Après avoir fait connaître quelles sont les actions dont l'objet est de maintenir ou de disputer la possession, je dois montrer quels sont les caractères qu'elle doit avoir pour que ces actions triomphent devant la justice.

D'abord, le possesseur doit avoir joui une année; il doit avoir la saisine, soit qu'il s'agisse de complainte, de réintégrande, ou de dénonciation de nouvel œu-

(1) Cela peut arriver, par exemple, entre individus qui se disputent la succession d'un habitant d'une commune qui avait des droits d'usages dans les bois d'un tiers.

vre (1). Si sa possession n'avait pas une année de durée, il ne serait pas écouté : n'ayant pas de présomption de propriété en sa faveur, il ne pourrait demander à la justice le maintien d'une position que la loi n'accorde qu'à la qualité de propriétaire présumé.

En second lieu, sa possession doit être continue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. Nous expliquerons en détail ces conditions quand nous commenterons l'article 2229 du Code civil.

Ainsi, ceux qui possèdent au nom d'autrui ne peuvent intenter la complainte : c'est ce qui a souvent été jugé à l'égard du fermier (2). Mais on tient communément que l'usufruitier (3), l'emphythéote (4), peuvent se pourvoir par cette voie. On autorise cette distinction sur ce que le fermier ne jouit que pour autrui, tandis que l'usufruitier et l'emphythéote sont investis d'un démembrement de la propriété dont ils jouissent pour eux-mêmes et comme maîtres. Nous renvoyons à l'article 2229 les observations que nous avons à faire sur ce point.

332. Mais comme, d'après l'article 2230, on est toujours possesseur pour soi et à titre de propriétaire, le demandeur a tout fait lorsqu'il a prouvé qu'il a possédé pendant un an ; c'est au défendeur à prouver l'illégitimité de la possession.

---

(1) *Suprà*, nos 295, 305 et 318.

(2) J'examinerai la question, à l'égard du fermier, dans mon commentaire sur les art. 1725, 1726 et 1727, au titre du *Louage;* elle est importante, et susceptible de développemens. Bien des préjugés s'y sont mêlés.

(3) M. Merlin, *Répert.*, *Inscript. hypothéc.*, § 3, no 8, note, p. 229. M. Poncet, p. 78. M. Proudhon, t. 1, p. 21 et 22. Dalloz, *Act. possess.*, p. 238.

(4) Arrêt du 26 juin 1822 (Dall., *Act. possess.*, p. 238. Sirey, 22, 1, 362. *Palais*, t. 24, p. 543).

Et, pour y parvenir, c'est en vain qu'il établirait qu'au regard d'un tiers la possession de celui qu'il attaque est vicieuse : suffit qu'à son égard elle soit revêtue des caractères voulus par l'article 2229 du Code civil. *Quandò vi, aut clàm, aut precariò reverà possidemus, sed non ab adversario* (1).

333. L'action possessoire ne peut avoir lieu que pour les choses prescriptibles; elle n'est pas recevable pour se faire maintenir dans une possession qui est impuissante pour prescrire (2).

Ainsi, on ne peut demander à se faire maintenir, par la voie de la complainte, dans la jouissance annale d'une servitude discontinue ou non apparente, car ces sortes de servitudes ne s'acquièrent pas par la possession. Cependant, si l'on était fondé en titre, l'action possessoire serait valablement intentée.

334. Une règle importante de cette matière, c'est qu'on ne peut cumuler le possessoire avec le pétitoire (3). Celui-là est préjudiciel à celui-ci, et, en cas de concurrence, le premier suspend nécessairement le second.

335. Mais pour développer à fond toute cette matière, ainsi que beaucoup d'autres questions qui s'y rattachent, il faudrait des détails considérables qui nous entraîneraient hors de notre sujet. Nous renvoyons aux ouvrages qui en ont traité *ex professo* (4). Nous n'avons voulu nous occuper ici que des difficultés qui tiennent à la possession même, parce qu'elles se rattachent intimement au chapitre que nous commentons, et que nous serions restés au-dessous de notre tâche, si nous n'avions pas montré la possession

---

(1) *Inst.*, § 4, *de Interd.* — *Voy.* n° 371, *infrà*, sur l'art. 2229.

(2) M. Poncet, n° 94. *Infrà*, n° 392.

(3) Art. 25, C. de pr. civ.

(4) M. Henrion, *Compét. des juges-de-paix.* M. Poncet, *des Actions.* M. Carré, *Compét.*, t. 2, p. 306 et suiv., etc., etc.

escortée des actions qui la protégent. Mais aller au-delà, ce serait commenter le Code de procédure civile, et nous livrer à un travail qui n'est pas le nôtre.

Article 2229.

Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire.

SOMMAIRE.

336. Liaison. La possession nécessaire pour prescrire doit réunir six conditions. Il n'en est pas de même de la possession nécessaire pour retenir un droit acquis.

337. § 1er. La possession pour prescrire doit être *continue*. Que doit-on entendre par une possession continue? Différence à faire entre le cas où la possession est jointe à un droit de propriété non contesté et celui où elle est un moyen d'acquérir le droit d'autrui. Une possession est continue quand même on ne serait pas sans cesse sur l'immeuble en question.

338. Combien de temps doit s'écouler entre chaque acte pour que la possession soit continue. Les anciens auteurs ont voulu donner des règles *a priori;* mais tout dépend des circonstances. Arrêt inédit de la cour royale de Nancy, relatif à la possession d'un chemin servant à la vidange d'un bois.

339. Il en est de même des droits d'usage et autres appelés *discontinus* par les canonistes. Juste milieu à saisir.

340. Au surplus, il faut être plus sévère pour acquérir un droit qu'on n'a pas que pour conserver un droit acquis. *Ici* la continuité est moins rigoureuse.
Doctrine du président Favre.

341. Suite.

342. Dans tous les cas, il faudra voir si les actes mis en avant tiennent à la familiarité ou au droit. Il y a certains actes dont le caractère, précaire ou non, se détermine par leur plus ou moins de continuité.

343. La continuité de la possession se prouve par des vestiges.

344. M. Dalloz ne paraît pas avoir bien compris la portée de cette règle de droit. Son véritable sens.

345. La possession est continue, quoiqu'un obstacle physique et de force majeure la paralyse momentanément.

346. Des plantations d'arbres constituent une possession continue. La durée trentenaire d'arbres plantés à une distance moindre que celle prescrite par l'article 671 les met à l'abri de l'article 672 du Code civil.

Mais, du moins, il faut que la plantation soit publique, et que l'arbre ne soit pas masqué par une haie ou un mur.

347. L'extension des branches d'un arbre sur le sol voisin opère une possession continue. Limitation à cette proposition.

348. Renvoi pour d'autres questions de continuité de la possession.

349. § 2. La possession ne doit pas *être interrompue*. Différence entre la discontinuité et l'interruption. Renvoi pour ce qui concerne l'interruption.

350. § 3. La possession doit être *paisible*. Ce qu'il faut entendre par là. Différence entre cette condition et la précédente. Autre différence entre l'article 2229 et l'article 2233. Autorité de Pothier et de Brodeau rejetée.

351. § 4: La possession doit être *publique*. Définition de la clandestinité.

352. Discussion d'un arrêt de la cour de Paris sur un procès d'usurpation d'un terrain servant de limite.

353. Suite. La cour a peut-être trop donné aux énonciations contenues dans les titres. Ces énonciations sont souvent erronées. La possession explique les contrats,

354. Erreur de ceux qui enseignent que la possession d'un morceau de terre de peu d'importance est toujours censée latente. Prix que les cultivateurs attachent en France, et particulièrement en Lorraine, aux moindres parcelles de terrain.

355. La croissance de racines souterraines constitue une possession clandestine.

356. La possession clandestine dans le commencement peut devenir publique, et alors elle est bonne pour prescrire. Argument de l'article 2233. Dissentiment avec M. Vazeille.

357. La possession publique dans le commencement ne peut devenir clandestine impunément. Rejet des lois romaines et de l'opinion de Dunod, qui les adopte, ainsi que Pothier.

358. Il y a certains droits incorporels dont la possession est de plein droit présumée latente. *Quid* à l'égard des droits d'usage? Presque tous étant sujets à délivrance, leur exercice est dès lors public.

ne le troublant pas, il est censé reconnaître en lui un propriétaire légitime.

Mais, si nous supposons que le possesseur n'a pas de titre de propriété, et qu'il invoque la possession comme moyen de dépouiller l'ancien propriétaire, la règle que la possession se maintient *solo animo* devra être appliquée avec plus de réserve. Sans doute on n'exigera pas de lui qu'il aille tous les jours sur l'héritage contesté (1); que, tous les jours et à tous les instans, il l'occupe corporellement : pousser jusqu'à cette exagération l'idée de continuité de la possession, ce serait choquer la raison et les principes, et rendre impossible toute prescription; mais on sera cependant fondé à exiger que sa possession soit assez soutenue pour que le propriétaire auquel il veut se substituer en ait été frappé et averti, pour qu'il n'ait pas vu en elle un acte éphémère, dégagé de tout esprit de rivalité. Quand on n'use d'une chose qu'à des intervalles éloignés, et que la possession en est timide, rare, discrète, la présomption de propriété ne s'attache pas à de pareils actes; ils portent plutôt le caractère de la tolérance. Il faut que la possession se constitue hardiment et avec autorité; ses œuvres doivent être empreintes de quelque chose d'exclusif et de jaloux; elle n'est rien quand elle s'enveloppe de précautions et qu'elle se cache sous de longues intermittences.

338. Les auteurs qui veulent tout prévoir se sont demandé combien de temps le possesseur qui est en chemin de prescrire peut laisser entre chacun des actes qui attestent sa possession, pour que cette possession ne cesse pas d'être continue; ils ont fixé dix ans avec plus de hardiesse que de vérité : *Quoniam*, dit

(1) Dunod, p. 17.

le président Favre (1), *ex decursu ejus temporis præsumitur oblivio, et per oblivionem amittitur possessio quæ solo animo retinebatur* (2). Ainsi, suivant eux, lorsqu'une personne en voie d'obtenir la prescription trentenaire cesse, après vingt ans, de posséder par des actes extérieurs, et ne signale pas, pendant les dix dernières années qui restent à courir, sa prétention à la propriété par une jouissance effective, elle n'achève pas la prescription ; elle ne peut pas dire que sa possession a été continuée.

Mais cette opinion est trop absolue, et les juges ne peuvent se laisser dominer par elle (3). Tout dépend des circonstances ; elles sont trop variables pour qu'on puisse les classer en catégories et en tirer une règle générale. Tout ce que je pourrai dire, c'est qu'il faut avoir surtout égard au genre de possession dont la chose est susceptible (4). Quand il s'agit d'un bois qui ne s'exploite qu'à de longs intervalles, on ne peut exiger une possession aussi constante que lorsqu'il s'agit d'un champ qu'on récolte tous les ans, et d'une vigne qui exige un entretien presque continuel. J'ai cité ci-dessus (5) un texte de Paul qui confirme cette observation ; voici un arrêt de la cour de Nancy, en date du 23 avril 1834, qui lui donne l'autorité d'un grave préjugé (6) :

Le sieur Viallet des Lianners, propriétaire de la terre de Lenoncourt, possédait sans contestation, comme dé-

(1) Code, lib. 7, t. 7, def. 22, note 3. *Voy.* aussi def. 10, note 2, et def. 39.

(2) *Junge* Bartole, sur la loi 41, § *Si fortè*, D. *de Acq. posses.* Dunod, p. 17 et autres. M. Merlin, *Répert.*, *Prescript.*, p. 511, col. 1.

(3) Dunod et M. Merlin, *loc. cit.*

(4) Voy. *suprà*, n° 273, la règle donnée par Domat.

(5) N° 263.

(6) 2e chambre. Il est inédit.

pendance de cet ancien fief, des forêts considérables, traversées par des chemins d'exploitation qui allaient aboutir sur la voie publique, en se prolongeant sur un bois appartenant à un sieur Duhoux de Gorhey. Ce dernier fit fermer deux de ces chemins par des fossés et des barrières. Un procès s'engagea devant le tribunal civil de Nancy, et successivement devant la cour royale. En cause d'appel, Viallet offrit de prouver qu'il avait acquis le droit de passer par ces deux chemins par une prescription de trente ans antérieure au Code civil. Les enquêtes ayant été faites et rapportées, Duhoux abandonna sa prétention en ce qui concerne l'un de ces chemins dont la fréquentation avait été continuelle, paisible, publique et presque immémoriale; quant à l'autre, il fit observer que Viallet n'avait fait opérer que deux vidanges de coupes par ce chemin, dans les trente ans qui avaient précédé le Code civil. Il concluait de là que la possession de Viallet n'avait point eu de continuité, et que par conséquent on ne pouvait la ranger que dans la classe des possessions précaires et à titre de tolérance.

A ce système, le sieur Viallet répondait que, pendant la période signalée par Duhoux, le triage ayant pour débouché le chemin en question n'était arrivé que deux fois à la révolution qui permet de l'exploiter; que, n'ayant besoin de ce chemin que pour la sortie des coupes, on ne pouvait exiger qu'il s'en fût servi lorsque, n'y ayant pas d'exploitation, aucun intérêt ne le sollicitait d'en user; qu'il ne fallait pas comparer les actes de jouissance exercés sur une forêt à ceux qui ont pour objet de retirer les produits d'une terre annuellement cultivée.

C'est ce système qui consacre l'arrêt; il est ainsi conçu :

« En ce qui touche le chemin désigné sous le n° 1...

« qui, de la partie inférieure du bois Mirecourt, aboutit
« sur le chemin vicinal de Lenoncourt;

« Considérant que les preuves de possession et de « jouissance résultant des enquêtes sont aussi fortes et « de même nature que celles relatives au chemin n° 2 « (celui à l'égard duquel était intervenu un acquiescement de la part de Duhoux); que toute la différence consiste en ce que celui-ci a plus spécialement « servi à l'exploitation des bois de J.-P. Viallet, « tandis que le chemin des hautes tailles (c'est-à-dire « le chemin n° 2) est en outre abandonné sans obstacle à l'usage de tous les habitans pour le transport « du sable qu'ils vont chercher à Art-sur-Meurthe, « et pour la conduite de leurs troupeaux à la rivière;

« Considérant que, pour affaiblir les preuves des enquêtes, on a vainement cherché à établir que, pendant les trente ans antérieurs à la publication du Code « civil, les bois de J.-P. Viallet n'ayant été coupés « que deux fois, cet usage momentané du chemin en « litige ne devait être envisagé que comme une simple tolérance;

« Considérant qu'il n'est pas exact, d'abord, d'appliquer à l'exercice d'un droit de passage pour l'extraction des produits d'une forêt les mêmes règles « que celles qui sont relatives aux autres propriétés « dont les fruits se récoltent annuellement;

« Que, pour fonder un droit de prescription en faveur d'un propriétaire de bois, *on ne peut raisonnablement exiger que les actes possessoires dont ce genre de propriété est susceptible;* qu'il est vrai de « dire que cette position exceptionnelle doit rendre « plus vigilant que de coutume le propriétaire voisin, qui d'ailleurs, pendant tout le temps que dure « l'extraction d'une coupe, est suffisamment averti

« qu'il a un vif intérêt à s'opposer au passage que
« l'on exerce chez lui ;

« Considérant que, dans l'espèce, on peut d'autant
« moins qualifier de tolérance l'usage du chemin dont
« il s'agit, qu'il est attesté par plusieurs témoins, et no-
« tamment par les dépositions 1, 2, 4, 7, 9, 13, 14, de
« l'enquête directe, que le chemin quoique servant
« plus spécialement à l'extraction des bois, n'en est pas
« moins resté frayé et ouvert, en tout temps et en toute
« saison, avec une publicité tellement paisible que,
« dans leur opinion, plusieurs des témoins l'ont tou-
« jours regardé comme un chemin public (1) ;

« Que cette circonstance est ici d'autant plus dé-
« cisive qu'il est prouvé et avoué que ce même che-
« min a toujours été entièrement inutile aux proprié-
« taires du bois le Duc (Duhoux ou ses auteurs) ; qu'il
« a donc été créé et maintenu en état permanent de
« chemin pour l'usage exclusif du propriétaire voisin,
« et qu'ainsi la raison se refuse à ne voir dans ce fait
« qu'une simple tolérance ;

« Par ces motifs..... condamne Duhoux à suppri-
« mer les fossés, etc. (2). »

339. Les principes consacrés par cet arrêt trouvent souvent leur application en matière de droits d'usage et autres qui sont discontinus, c'est-à-dire qui ne sont pas de nature à s'exercer tous les ans (3). Le marronnage, par exemple, est subordonné aux besoins qu'éprouvent

---

(1) Notez bien cette importance attribuée aux vestiges d'un chemin subsistant toujours en nature de chemin. *Infrà*, n° 343.

(2) Voy. *infrà*, n° 427, un point qui ressort implicitement de cet arrêt.

(3) C'est ce qui fait dire aux canonistes : *Jure canonico, res* DISCONTINUÆ *et* CONTINUÆ *non differunt quoad tempus ad illarum præscriptionem requisitum. Res discontinuæ illæ sunt quarum jus quidem est perpetuum, sed fructus juris non percipiuntur nisi per certa intervalla.* Gonzales, in cap. 29, *de Decimis*, n° 2. Gibert, t. 3, *de Contract.*, p. 233, col. 1.

les bâtimens, et, pour obtenir la délivrance des bois de construction, il faut que l'usager justifie que sa maison souffre et que des réparations lui sont nécessaires. Il n'y a donc rien de régulièrement périodique dans l'exercice d'un pareil droit ; il est au contraire intermittent par sa nature, et sujet à de longues interruptions. Il suit de là que ce serait forcer les principes que d'exiger qu'il se manifeste par une continuité incessante. Néanmoins, on irait trop loin aussi en soutenant qu'exercé une seule fois en trente ans, parce que de plus grands besoins ne se sont pas manifestés, il s'est soutenu par la seule intention. Je sais bien que dans l'ancienne jurisprudence, par exemple en matière bénéficiale, il y avait des auteurs qui décidaient qu'un seul acte suffisait pour faire acquérir à celui qui l'avait fait la prescription du droit de présenter à un bénéfice : *Et ità patet*, dit la glose, *quòd si brevitas temporis non obstaret, isti clerici præscripsissent jus eligendi, etiam si semel elegissent* (1).

Mais cette opinion était peut-être particulière aux matières benéficiales, et l'on verra tout à l'heure que le président Favre la restreignait beaucoup lorsqu'il s'agissait de faire perdre à quelqu'un sa propriété. Ainsi, je pense qu'il faut prendre un juste milieu. Un acte dans un aussi long espace de temps ne fait pas preuve de continuité, surtout aujourd'hui que le Code civil s'est montré fort ombrageux contre les droits discontinus; car il a déclaré imprescriptibles les servitudes non continues : on doit donc dire que la possession manque d'une de ses conditions pour acquérir (2). Mais il ne faudrait pas non plus exiger une

---

(1) Sur le ch. *Quum ecclesia sutrina extrav.*, *de Causis possess.* Dunod, p. 27.

(2) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 8, p. 338.

continuité toujours active, qui fatigue et tourmente le propriétaire pour le tirer de son sommeil : des actes réitérés de temps en temps, à certains intervalles inégaux, conformément aux besoins de l'usager, suffiraient pour établir juridiquement la continuité.

340. Au reste, tempérons ceci par une remarque importante.

Si un ou deux actes de possession sont insuffisans pour fonder une possession acquisitive de la propriété, ils peuvent cependant être pris en considération pour faire maintenir dans la possession celui dont ils sont émanés.

Écoutons la savante doctrine que développe à cet égard le président Favre (1). Je crois rendre service au lecteur studieux en mettant en lumière ces opinions précieuses, quoique peu recherchées par la vogue du jour.

Il commence par établir que, pour justifier une possession à fin d'acquérir, il n'est pas nécessaire que les actes soient toujours incessans et sans intervalles ; il donne des exemples pour montrer que, soit au possessoire, soit même au pétitoire, une certaine intermittence n'est pas incompatible avec la continuité de la possession, et il fait du reste cette remarque judicieuse, savoir, que, lorsqu'il s'agit du pétitoire, on doit se montrer plus exigeant et plus sévère que quand il n'y a lieu que de statuer sur la possession.

Jurium incorporalium quasi-possessio in actibus discontinuis et inducitur et probatur per duos actus uniformes.

« La quasi-possession des droits incorporels se prouve par deux actes uniformes, dans les cas qui ne comportent pas de continuité. »

Hactenùs saltem, ut in judicio de possessione actor

(1) C., lib. 7, t. 7, def. 3.

obtinere debeat, salvâ proprietatis quæstione, quæ utique sicut majoris momenti est, ità et majores et certiores exigit probationes.

« De telle sorte que ces actes sont suffisans pour faire triompher le demandeur, du moins au possessoire, et sauf la question de propriété, qui, étant d'un plus grand intérêt, exige des preuves plus positives. »

Quin et unus actus potest in possessorio sufficere, si toto tempore quod hominum memoriam complectitur, non nisi semel casus evenerit, in quo uti jure suo actor potuerit, sive a quibus causam habet. »

« Bien plus, un acte seul peut suffire au possessoire, si, dans un espace de temps qui embrasse la mémoire des hommes, l'occasion de se servir de son droit n'est arrivée qu'une fois. »

Nam si aliquandò jure suo usus probetur, aliquandò non usus, nihil ei proderit, nequidem ad causam possessorii, quod multotiès usus sit; magisque ei oberit quod semel aut iterùm usus non sit, nisi alias habeat juris sui probationes.

« Mais, s'il est prouvé que quelquefois il s'est servi de son droit, et que quelquefois il ne s'en est pas servi, l'usage qu'il en aura fait ne lui servira de rien, même au possessoire, et le non usage sera plus significatif que l'usage, à moins qu'il ne prouve son droit par d'autres moyens. »

Puis l'auteur ajoute en note : *Intellige si scivit natam esse sibi occasionem utendi jure suo; secùs enim si ignoravit.* « Remarquez bien toutefois qu'il faut qu'on ait su que l'occasion était venue de se servir du droit, et qu'on n'en ait pas usé ; car il en serait autrement si on l'avait ignoré. »

341. Ensuite le savant magistrat continue l'exposé de sa théorie, et ici il se rapproche beaucoup plus de la possession à fin d'empêcher la prescription, que de la

possession qui fait acquérir ce qu'on n'a pas. Il faut nécessairement aller jusqu'à la fin de sa décision; elle nous servira quand nous commenterons l'article 2262; d'ailleurs elle vient à l'appui de la distinction que nous avons posée en tête du numéro précédent.

Id verò distinctè observandum erit, ut si solâ quasi-possessione nitatur ad diversorum jurium acquisitionem inducendam, probandamve, nunquam plùs prescriptum videatur quàm fuerit possessum, nisi appareat quasi possidendi ejus juris, quo actor usus probatur, causam fuisse generalem, quæ alia quoque jura de quibus nunc quæritur, complecti potuerit. Finge conveniri a domino subditos ad præstationem subventionis illius extraordinariæ, quæ a subditis plerumque debetur, si dominus aut equestrem dignitatem nactus sit, aut justo bello captus magna pecunia redimendus proponatur: non alias autem ejus juris probationes a domino afferri, quàm quod antè multos annos, cùm avus filiam suam nuptam collocaret, subsidium in eam rem solitum subditos præstitisse constaret, expressâ his verbis causâ : INSEQUENDO GENERALEM CONSUETUDINEM OBSERVATAM IN QUATUOR CASIBUS, AD QUOD ILLI TENENTUR. *Non in eum duntaxat casum, quo nuptui tradetur filia, sed in aliis quoque tribus casibus, inter quos numerantur ii quos recensimus, conservata et continuata quasi-possessio videbitur, si non probet adversarius alios quoque casus evenisse, nec eodem jure usum dominum fuisse. Verùm generalis illa causa præstendæ uno casu subventionis, omni modo ab actore probanda erit, aut per testes, aut quod melius fuerit, per scripturam.*

« Il faudra surtout faire attention que, si l'on s'appuie sur la seule quasi-possession pour prouver l'acquisition de divers droits, on ne devra adjuger que ce qui a été possédé, à moins toutefois qu'il n'apparaisse que

les actes possessoires dont le demandeur fait preuve ont une cause générale qui embrasse les autres droits contestés (1). Supposons, par exemple, qu'un seigneur assigne ses vassaux pour le paiement de la prestation extraordinaire *qui lui est due* (2) lorsqu'il est armé chevalier, ou lorsque, ayant été pris par l'ennemi, il faut le racheter : pour toute preuve de son droit, il établit que, plusieurs années auparavant, lorsqu'il a marié sa fille, il a reçu de ses vassaux le droit auquel ils sont soumis pour cet évènement, et qu'ils l'ont payé avec cette clause : *En nous conformant à la coutume générale observée pour les quatre cas auxquels nous sommes astreints*. Il faudra dire alors que le paiement de la redevance pour le mariage de la fille du seigneur aura conservé la possession, l'aura continuée pour les autres cas, parmi lesquels se trouvent ceux qui font l'objet du débat. Toutefois les adversaires seront admis à prouver que ces autres cas se sont présentés, et que le seigneur n'a rien exigé d'eux et n'a pas usé de son droit; mais, s'ils ne se sont pas présentés, le droit du seigneur ne sera pas ébranlé. Du reste, ce sera toujours au demandeur à prouver l'existence de la cause générale de cette subvention, qui ne doit se payer que dans certains cas déterminés (3). »

On voit donc combien la possession d'un droit acquis est plus facile à établir que la possession d'un droit qui aspire à se légitimer par la prescription.

242. Revenons maintenant à l'objet de ce commentaire, qui est la continuité de la possession à fin d'acquérir.

La question de continuité de la possession étant dans le domaine de l'appréciation du juge, il est rare que,

(1) Sur quoi Favre met en note : *Pro parte usus videtur usus in totum*.
(2) On voit ici le droit acquis qui n'aspire qu'à se conserver.
(3) *Infrà*, n° 789.

qués qu'elle porte tous les caractères extérieurs d'un chemin public, atteste non-seulement une possession actuelle, mais encore une possession antérieure extrêmement ancienne (1); car il faut des actes de passage, longuement répétés pour l'avoir mise en cet état. Supposons, par exemple, que les témoins disent qu'il y a trente ans que ce chemin était ainsi frayé et tracé: on peut supposer dès lors que son établissement remonte à une époque beaucoup plus reculée, et, si (comme dans l'espèce jugée par la cour de Nancy) les enquêtes ne déposent que d'actes de passage rares et interrompus, la perpétuité du chemin suppléera à ce que ces actes ont eu d'intermittent; il sera une preuve de possession continue; il fera présumer des faits possessoires bien plus multipliés avant l'époque dont les enquêtes s'occupent, de telle sorte que son origine immémoriale sera incontestable.

344. M. Dalloz ne paraît pas avoir bien saisi l'esprit de ce point de droit, lorsqu'il a prétendu que l'on ne doit pas tenir compte des vestiges d'une possession ancienne. « Cette existence, dit-il, est donc une cir-
« constance indifférente en elle-même par rapport à
« la prescription. Quoi donc ! possesseur tout à la fois
« d'une pièce de terre et d'une usine, je cesse pendant
« quelques années de faire des actes de possession sur
« l'une et sur l'autre ; un tiers s'empare de ces deux im-
« meubles ; j'exerce contre lui l'action possessoire dans
« le délai utile : par cela seul que l'un des immeubles
« aura conservé les ruines d'un bâtiment détruit, le
« juge en expulsera le nouveau possesseur, tandis qu'il
« le maintiendra en possession de l'autre immeuble !

(1) *Infrà*, nos 416 et 417 combinés.

« Aucune raison plausible, aucun motif sérieux ne « justifie à mes yeux cette différence (1). »

Je conviens avec M. Dalloz que le possesseur annal dont il parle devra être maintenu dans l'une et l'autre pièce de terre (2), et il y en a une raison aussi simple que tranchante, c'est qu'il a possédé les vestiges de la maison aussi bien que le sol lui-même ; c'est qu'il a la saisine du tout de même que s'il eût possédé pendant l'année l'édifice non ruiné et en parfait état de conservation. Mais que M. Dalloz ne triomphe pas de cette concession que je lui fais : le cas qu'il pose est absolument étranger à la règle qui veut que les vestiges conservent la possession. Cette règle a été dictée au bon sens de tous les jurisconsultes, tant anciens que modernes, par un autre ordre d'idées (3). Elle n'est applicable que lorsque les travaux sont établis pour dominer le fonds d'autrui, pour conquérir un démembrement de la propriété d'un tiers, et que ce tiers, ne protestant pas contre ce signe de supériorité imposé sur son héritage, laisse subsister intacte la possession de son adversaire et se soumet tacitement à demeurer asservi.

345. La possession ne laisse pas d'être continue, quoiqu'un obstacle physique et de force majeure la paralyse momentanément. Je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus, numéro 270, et aux principes que je développerai *infrà*, numéros 541 et 549, relativement à l'interruption de la prescription.

Je me bornerai à citer ici un arrêt de la cour d'Amiens, en date du 17 mars 1825 (4) :

(1) *Prescript.*, p. 249, n° 9.

(2) Voy. *suprà*, n° 243, l'arrêt de Lyon que je critique.

(3) On peut même dire qu'elle a été érigée en loi par Louis XIV, qui, dans sa déclaration du 6 mai 1680, dit que la servitude ne se prescrirait pas dans les bénéfices, tant qu'il existerait des lieux réguliers (*Répert.*, v° *Prescript.*, p. 511, col. 1).

(4) Dall., 28, 1, 342.

« Considérant que l'objection opposée à cette pos-
« session, tirée de son défaut de continuité et des inter-
« ruptions qu'elle a dû éprouver par les flots de la
« mer, qui viennent de temps à autre couvrir ces mo-
« lières (lais et relais de la mer), s'écarte par cette ré-
« flexion, que ces interruptions momentanées sont
« un effet périodique de la nature, et non l'ouvrage de
« l'homme; que, du moment où le possesseur reprend
« son terrain, aussitôt ou peu de temps après la ces-
« sation de l'interruption, la possession ne cesse pas
« d'être continue (1). »

346. La continuité de la possession conservée par des vestiges est également inhérente à une plantation d'arbres, et, si ces arbres sont plantés à moindre distance que celle qui est prescrite par l'article 671 du Code civil, leur durée trentenaire les met à l'abri de la disposition de l'article 672 du même Code (2).

On a objecté contre cette décision que la possession n'est pas uniforme dans sa continuité; que l'arbre, dans sa jeunesse, ne cause aucun préjudice au voisin; que ce n'est qu'après avoir pris son développement, pendant trente années de croissance, qu'il étend ses branches au loin, et devient une cause de dommages (3).

Mais ce raisonnement est fautif. L'accroissement progressif de l'arbre est une condition de sa nature; le voisin a dû s'y attendre. La prudence lui faisait un devoir de réclamer; son silence équivaut à un acquies-

(1) Junge M. Vazeille, t. 1, p. 199 et 200, n° 179. Je cite un autre exemple analogue, *infrà*, n° 409.

(2) M. Pardessus, *Servit.*, p. 292 et 293. M. Toullier, t. 3, n° 515. M. Vazeille, t. 1, p. 128 et 129. M. Duranton, t. 5, n° 390. Cassat., 9 juillet 1825 (Dall., *Servit.*, p. 50. Sirey, 26, 1, 176), et 9 juin 1825 (Dall., 25, 1, 337 et 338). Toulouse, 9 décembre, 1826. Sirey, 27, 2, 210.

(3) Duval, *de Reb. dubiis*, tr. 8, p. 51. Menoch., *ad leg.* 13, D. *Fin. reg.*

cement. C'est ainsi que, lorsqu'une servitude s'annonce et se conserve par des vestiges, le propriétaire qu'on veut asservir n'éprouve pas toujours un dommage actuel; mais la cause du dommage est là, menaçante et hostile pour l'avenir. Il ne faut pas attendre, pour se prémunir contre un danger, que le mal soit consommé : il faut savoir le prévenir. *Vigilantibus jura scripta sunt.*

Nous ferons observer, du reste, que le commencement de la prescription ne date pas invariablement du jour de la plantation des arbres. Cette plantation peut être ignorée du voisin; un mur peut la masquer, une haie épaisse peut en intercepter la vue. On devra se souvenir que la continuité n'est pas la seule condition requise pour la possession; qu'il faut aussi qu'elle soit publique (1) : on interrogera donc les circonstances, pour connaître l'instant approximatif où l'arbre se sera montré à découvert (2).

347. L'arbre ayant une fois acquis le droit d'être respecté, le propriétaire voisin, qui est incommodé par l'avancement de ses branches, pourra-t-il contraindre celui à qui il appartient à les couper, s'il a souffert pendant trente ans qu'elles couvrissent de leur ombre son héritage ?

M. Pardessus (3) énonce que la prescription ne peut être invoquée, et il justifie cette proposition par la citation d'arrêt de la cour de cassation (4) du 31 septembre 1810. Mais cette décision est citée à tort; elle est rendue dans une espèce où l'on ne s'était pas prévalu de la prescription contre le droit de faire couper

---

(1) *Infrà*, n° 351.

(2) MM. Pardessus et Vazeille, *loc. cit.* *Voy.* un arrêt d'Amiens du 2 décembre 1821, dans Sirey, 22, 22, 97.

(3) P. 296, n° 196.

(4) Dall., *Servit.*, p. 51. Sirey. 11, 1, 81.

les branches faisant saillie. La cour de cassation en fait elle-même l'observation.

M. Vazeille suit l'opinion de M. Pardessus, en la motivant avec plus de développement (1); il pense que l'extension des branches est trop lente et trop successive pour constituer une possession continue. D'ailleurs le propriétaire sur le fonds duquel tombent les fruits a droit à les garder, et l'on peut fort bien supposer qu'il n'a souffert les branches au-dessus de son sol qu'à raison de cet émolument qu'il en attendait.

Mais ces raisonnemens ne sont pas suffisans pour faire rejeter la possession d'une manière absolue.

D'abord, je dis que le droit du voisin de faire couper les branches incommodes par leur extension n'est pas une simple faculté, car il se traduit en une action (2), et dès lors il est autre chose qu'une faculté qui, comme j'ai dit ci-dessus, se résout en pur fait (3).

Ensuite, pourquoi la possession des branches qui viennent ombrager le fonds limitrophe, et qui font partie même de l'arbre, propriété de celui sur le sol duquel il est planté, ne serait-elle pas continue? Est-ce parce qu'elles ont en elles le principe d'un développement progressif? mais nous avons vu tout à l'heure que ce n'est pas là une objection sérieuse (4). Sans doute, tant que les branches ne seront pas assez avancées pour faire dommage, la prescription ne commencera pas. Mais nous supposons que leur croissance est parvenue à un degré suffisant pour motiver l'application de l'article 672 du Code civil. Eh bien! nous disons que, dans cette hypothèse, le développement

(1) P. 132.
(2) Art. 672, C. civ.
(3) N°s 112 et 121.
(4) *Suprà*, n° 346.

ultérieur des branches ne change rien à la continuité de la possession. Quoi donc! vous pouviez demander la coupe de ces branches lorsqu'elles étaient moins grandes; votre intérêt était déjà né, il était pressant; et cependant vous l'avez négligé; vous avez souffert, pendant dix ans, que le mal fît des progrès qui étaient dans sa nature, et que vous deviez prévoir, et vous prétendez trouver une excuse dans votre silence obstiné, silence que n'a pu vous déterminer à rompre le dommage devenu de jour en jour plus considérable!!!

Après cela, il faudra voir si, dans le cours de trente ans, les branches n'ont jamais été émondées, si le propriétaire de l'arbre n'a pas comprimé leur essor pour prévenir les réclamations du voisin: dans ce cas, la possession ne pourra pas être qualifiée de possession continue. Mais, s'il n'y a eu aucune interruption dans leur développement dommageable sur le fonds qu'elles ombrageaient, la question de continuité ne me paraît pas douteuse.

On pourra aussi tenir compte des circonstances accessoires. M. Vazeille en fait valoir une qui n'est pas sans gravité: le droit de percevoir les fruits tombés naturellement. Il ne sera pas impossible d'y voir la preuve d'une simple tolérance intéressée de la part de celui qui a cru que la cueillette de ces fruits le dédommageait de l'ombre que l'arbre lui apportait; mais, si l'arbre ne donne pas de fruit, ou si ce n'est pas un fruitier, que deviendra l'objection de M. Vazeille?

348. Nous verrons, sous les articles 2234 et 2235, d'autres questions qui se rattachent à la continuité de la possession.

349. Passons maintenant à la seconde condition exigée par notre article, c'est que la possession ne soit pas interrompue.

La non interruption de la possession se lie à sa continuité : il n'y a pas de possession continue si elle est interrompue; mais l'interruption s'entend plus particulièrement d'une solution de continuité opérée par le fait d'autrui ou par la reconnaissance émanée du possesseur. Nous renvoyons à l'article 2263 et suivans les explications auxquelles nous devons nous livrer sur l'interruption naturelle et l'interruption civile.

350. La troisième condition pour que la possession engendre la prescription, c'est qu'elle soit *paisible*.

On entend par possession paisible celle qui n'est pas viciée par la violence, et qui n'est pas troublée par un droit rival réclamant contre elle; mais ceci a besoin d'explication.

Il y a des auteurs qui confondent la possession paisible avec la possession non interrompue; de ce nombre est Pothier (1). Brodeau, en commentant l'article 113 de la coutume de Paris, qui voulait que le possesseur eût joui *franchement et sans inquiétation*, disait aussi : « Si nous cherchons en droit la force et « l'énergie des mots *inquiéter* et *inquiétation*, dont « use la coutume, nous trouverons que c'est un trouble, « une vexation, une interpellation, une demande ju- « diciaire. Ulpien, en la loi 3, § 1, D. *de Liber. le-* « *gatâ*, dit : *Dum a correo meo petitur, ego* INQUIE- « TOR; le même, en la loi unique, D. *Utrubi : Uti is* « *in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clàm, nec* « *precariò, dum super hoc ab adversario* INQUIETATUR, « *possessionem habet*; le même, en la loi 49, § 1, D. « *Si quid in fraude patron.* : *Emptorem non esse fa-* « *bianâ* INQUIETANDUM, etc., et nos lois usent sou- « vent de ce mot en matière de prescription, comme « en la loi 2, C. *de Præscript. longi temporis*, et

(1) *Prescript.*, n° 38.

« Paul, lib. 5, *Sent.*, t. 2, *de Usucap.*, § ult. Je laisse « les autres textes cités par M. Brisson, lib. 9, *de* « *Verb. signif.*, ce qui induit que l'inquiétation ne se « fait point par un simple acte extrajudiciaire, etc. (1). » Puis il ajoute (2) : « Tout ce qui a été dit ci-dessus est « de l'inquiétation ou interruption civile ; quant à « l'interruption naturelle, elle empêche sans difficulté « la prescription. *Quum quis de possessione vi deficitur, vel alieni res eripitur, quo casu non adversùs* « *eum tantùm qui eripit interrumpitur possessio, sed* « *adversùs omnes* (l. 5, D. *de Usurpat*). »

On voit par là que Brodeau ne fait pas de différence entre l'inquiétation et l'interruption.

Mais je n'hésite pas à dire que l'article 2229 a un autre sens. Avant d'exiger une possession paisible, cet article avait déjà imposé la condition d'une possession non interrompue : il n'y a pas de pléonasme dans sa rédaction, et ce serait lui en prêter un que de faire rentrer la possession paisible dans la possession non interrompue. Quelle pensée a-t-il donc voulu exprimer?

D'abord, pour que la possession soit paisible, il faut que, dans son origine, elle ne soit pas viciée par la violence ; c'est ce que les anciennes coutumes exprimaient par ces mots : *nec vi* (3), empruntés à une formule des préteurs romains (4). Nous verrons bientôt que l'article 2233 exprime la même idée.

Mais il ne suffit pas que la possession soit exempte de violence pour qu'elle soit paisible, sans quoi nous

(1) Sur Paris, art. 113.

(2) *Loc. cit.*, n° 4, *in fine*.

(3) Loisel, liv. 5, t. 4, n° 10. Cout. de Valois, art. 116. Voy. *suprà*, n° 300 (note).

(4) *Nec vi, nec clàm, nec precariò.* Ulp. [illegible] 1, § 9, D. *Uti possidetis*.

trouverions ici un nouveau pléonasme entre l'article 2229 et l'article 2233. Une possession peut échapper au reproche de violence, et cependant n'être pas paisible. Par exemple, il est certain, en droit, qu'il n'y a de possession violente que celle qui a été conquise par la force, et qui a, à son origine, la souillure de la violence. Quant à celle qui, paisible dans son berceau, se conserve par la force, elle n'est pas violente dans le sens de l'article 2233, d'accord avec les lois romaines (1). Qui ne comprend, en effet, que le possesseur a le droit de repousser celui qui veut lui enlever sa jouissance, et qu'il ne commet pas un acte blâmable en se maintenant dans sa position? S'il n'est troublé qu'une fois ou deux, dans le cours de longues années, par des tentatives d'usurpation, et qu'il les ait comprimées par la force, non-seulement sa possession ne sera pas violente, mais elle sera paisible; car ces troubles n'ont rien eu d'assez grave et d'assez fréquent pour constituer une véritable et sérieuse *inquiétation*. Mais supposons que le possesseur soit tous les ans vexé par un rival qui, se proclamant hautement propriétaire, descend en armes sur les lieux, s'empare des récoltes, et qu'il faille autant de fois livrer combat pour vaincre ses agressions: assurément, on fausserait le sens naturel des mots si l'on soutenait que ce possesseur, quoique n'ayant pas laissé interrompre sa possession, quoique n'étant pas même un possesseur violent, est cependant un possesseur paisible (2). Les contradictions ont été trop réitérées et trop flagrantes pour ne pas rendre sa jouissance inquiète. Une possession qui ne peut se défendre que les armes à la main, qui ne se soutient que par la supériorité des

(1) *Infrà*, n° [illegible] et *suprà*, n° 336.
(2) *Infrà*, n° 546.

forces, n'est pas une possession paisible. Sans doute, je ne voudrais pas aller jusqu'à dire avec l'empereur Constantin : *Eam dici legitimam possessionem quæ* OMNIUM ADVERSARIORUM SILENTIO ET TACITURNITATE FIRMATUR(1) : » c'est aller beaucoup trop loin, et quelques réclamations isolées et réduites au silence, quelques voies de fait repoussées par des voies de fait contraires, ne devraient pas être considérées comme rendant la possession inquiète et agitée ; il n'y a pas de propriétaire qui soit à l'abri de ces troubles passagers. Mais si les contestations étaient éclatantes et géminées, si la possession n'avait été qu'une longue dispute accompagnée de voies de fait, de rixes, d'empiétemens ou d'entreprises, elle manquerait de ce caractère pacifique que l'article 2229 exige d'elle. Au surplus, les circonstances doivent être consultées avec soin par le juge. Nous n'avons pas eu la prétention de donner ici un tableau qui exclue tous les autres cas de trouble; notre but a été de montrer la différence qui existe soit entre l'article 2229 et l'article 2233, soit entre la troisième et la deuxième condition exigée par le premier de ces articles.

351. Il faut, en quatrième lieu, que la possession soit publique, *nec clàm*.

La clandestinité est un obstacle radical à la prescription ; car les intéressés qui n'ont pas connu la possession, occupée de se dérober aux regards, sont excusables de ne l'avoir pas empêchée.

Qu'est-ce que la clandestinité ? *Clàm possidere eum dicimus qui furtivè ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicaba-*

---

(1) L. *Nemo*, 10, C. *de Acq. possess.*

tur, et ne faceret, timebat (1). La coutume de Melun (2) définissait ainsi la possession publique : « *Quand au-* « *cun a joui, au vu et au sçu de tout ceux qui l'ont* « VOULU VOIR ET SÇAVOIR (3). »

C'est pourquoi, si quelqu'un, pour agrandir ses caves, en a fouillé une sous le terrain de la maison voisine, et l'a unie aux siennes, sans que le propriétaire s'en soit aperçu, et si, depuis, il a vendu sa maison *telle qu'elle se poursuit et se comporte*, quoique l'acquéreur ait possédé de bonne foi la cave qui a été fouillée ainsi qu'il vient d'être dit, il ne pourra l'acquérir par la prescription, cette possession n'étant pas une possession publique (4). L'article 253 de la coutume d'Orléans disait : « Fouillement de terre, grattement..... « n'attribuent, *par quelque laps de temps que ce soit*, « droit de possession à celui qui aura fait ladite en- « treprise (5).

352. La question suivante a été soulevée devant la cour royale de Paris, et elle y a été décidée par un arrêt du 28 février 1821 (6), dont il est important de discuter les conséquences, parce que la difficulté se présente fréquemment dans les contrées où la propriété est fort divisée.

Devesvres, propriétaire d'un champ anciennement composé de trente-six perches, reconnut, par suite

(1) L. 6, D. *de Acq. possess.* Cujas, sur cette loi, p. 1268, col. 1. Dunod, p. 31.

(2) Art. 170.

(3) *Voy.*, au surplus, les *Pand.* de Pothier, sur le titre : *Quod vi aut clàm* (t. 3, p. 234). Voy. *infrà*, n° 508, un exemple remarquable.

(4) Pothier, *Prescript.*, n° 37.

(5) *Junge* arrêt du parlement de Paris du 16 juin 1755, rendu dans une espèce à peu près semblable à celle rapportée par Pothier (*Répert.*, *Prescript.*, p. 329).

(6) Dall., *Prescript.*, p. 249. *Palais*, t. 23, p. 164. Sirey, 22, 2, 116 *Junge* autre arrêt, 30 novembre 1825. *Palais*, t. 15, p. 681.

d'un arpentage, qu'il n'en contenait qu'environ vingt-huit. Cette diminution de contenance provenait, suivant lui, d'empiétemens successifs opérés par Martin et Legris, dont le champ limitrophe s'était agrandi, par ce moyen, bien au-delà de leurs titres. Assignés par Devesvres, ces individus opposèrent la prescription, et offrirent la preuve d'une possession trentenaire. Mais le tribunal de première instance de la Seine déclara cette offre inadmissible, attendu qu'il s'agissait d'usurpations graduelles, presque toujours imperceptibles, et ne donnant lieu qu'à une possession clandestine; qu'une pareille possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut jamais faire supposer, de la part du propriétaire, l'abandon de ses droits.

Sur l'appel, voici comment Devesvres soutenait le bien jugé.

L'article 2229 exige que la possession réunisse plusieurs conditions.

Il faut d'abord qu'elle soit continue; or, il est sensible que celle des appelans, variable et mobile de sa nature, manque de ce caractère : la continuité d'une telle possession échappe presque toujours à l'observation, et les témoignages sont impuissans pour l'établir d'une manière certaine.

Il faut, de plus, que la possession ne soit pas équivoque; mais, dans l'espèce, comment Martin et Legris pourraient-ils établir l'origine de leur possession, les progrès qu'elle a faits, l'époque précise qui doit servir de point de départ pour la prescription de chaque section du terrain usurpé?

Enfin, il faut la publicité; mais cette condition est nécessairement écartée par la nature même de la possession, qui prend naissance dans les usurpations sur le fonds d'autrui. On sent en effet que cette possession

est environnée de mystère, lente, imperceptible dans sa marche.

Sur ces raisons, la cour royale confirma les motifs des premiers juges.

Je n'affirmerai pas que le tribunal et la cour ont agi avec trop de promptitude, car, dans des questions qui gisent tout entières en faits, l'exposé succinct que donnent les arrêtistes ne fait pas pénétrer assez profondément dans le cœur de l'affaire, pour en parler comme le ferait le témoin des débats. Néanmoins il me semble, du moins en prenant le procès dans l'état retracé par les recueils, que les magistrats ont peut-être préjugé un peu trop brusquement le résultat de l'enquête offerte par les appelans, et supposé en fait ce qui était en question. Les appelans articulaient que, depuis trente ans, ils possédaient publiquement et paisiblement six verges de plus que la contenance indiquée par leurs titres : c'était offrir de justifier que les usurpations avaient précédé le point de départ de la prescription, et assurément rien n'était plus pertinent que de telles conclusions. Néanmoins le tribunal et la cour raisonnent comme si les usurpations avaient eu graduellement lieu pendant les trente ans. N'était-ce pas déplacer la question et faire grief aux appelans? Presque toujours les contenances indiquées dans les anciens titres sont inexactes, et l'on sait que rien n'est plus variable que les résultats obtenus par les arpentages (1) : il ne faut donc pas se faire un système trop exclusif de détacher les actes écrits du fait de la possession, et de donner toute l'autorité aux titres et rien aux jouissances long-temps respectées; car, à ce compte, il n'y aurait presque pas de propriétaire qui ne fût taxé d'usurpation, pas de champ qui ne fût la ma-

(1) *Voy.* mon Comm. *de la Vente*, t. 1, nos 338 et 339.

tière d'un procès, pas de limites qui ne devînt une cause de disputes, de troubles et d'inquiétudes. La possession est ordinairement la meilleure interprète des titres ; elle supplée à leurs inexactitudes, elle crée un ordre de choses respectable, et donne des droits précieux. Il faut en tenir grand compte, et je crois que la cour de Paris a eu pour elle trop de dédain dans l'espèce dont il s'agit.

353. La cour craignait-elle que la preuve dans laqu elle les appelans demandaient à s'engager ne fût trop difficile à faire? Il est possible que cela fût ainsi dans le cas particulier ; mais il ne faudrait pas conclure de ce cas à d'autres. Les cultivateurs ont ordinairement sur les limites des héritages des données positives. Un buisson, un fragment de haie, une pierre, un arbre, un alignement, un point quelconque de repère, peuvent indiquer le point extrême où la culture s'arrête depuis trente ou quarante ans, et, dans ce cas, la prescription doit faire maintenir ces limites, quand même elles seraient hors des contenances fixées par les titres. Le parti le plus prudent est donc d'attendre le résultat des enquêtes. Si elles déposent d'une possession continue, publique, dans des limites connues depuis trente ans, il ne faudra pas hésiter à se prononcer en faveur de la prescription, quand même le terrain disputé serait de peu d'importance ; l'on n'écoutera pas surtout le propriétaire voisin, qui prétendra qu'à raison de l'exiguïté de la parcelle, l'usurpation a échappé à sa surveillance, et qu'ainsi la possession manque de publicité : on ne saurait, en effet, transformer en actes clandestins une jouissance qui s'est produite au grand jour, et ce serait tout renverser que de mettre sur le compte de la ruse d'autrui la négligence dont on s'est rendu coupable envers soi-même. Mais si les témoins ne peuvent indiquer depuis

combien de temps les anticipations ont eu lieu; elles laissent croire que, pendant les trente ans, elles se sont avancées d'une manière lente, occulte, imperceptible (1), on rejettera la prescription, et l'on s'en référera aux énonciations contenues dans les titres.

Toutefois, je crois que ces énonciations ne feront loi que lorsqu'il y aura des indices extrinsèques d'anticipation; car, je le répète, les indications de consistance sont habituellement trop fautives pour s'y arrêter aveuglément, surtout quand il s'agit de titres rédigés à des époques reculées, et où les mesures n'étaient peut-être pas les mêmes que celles qui plus tard ont été mises en vigueur. En un mot, il faut presque toujours quelque chose de plus que des titres, dans lesquels la loi suppose facilement une erreur d'un vingtième, pour se plaindre d'une usurpation (2).

354. Je sais que quelques auteurs font une distinction entre les empiétemens d'une certaine importance et ceux qui portent sur des quantités minimes. S'agit-il d'un espace de terrain qui peut passer d'un champ à un autre sans qu'on s'en aperçoive aisément, ils considèrent comme clandestine la possession même trentenaire; mais, si le terrain est plus considérable, si le déficit a été sensible, ils consentent plus facilement à laisser régler la limite des héritages par la haute possession (3). On peut fortifier cette distinction de la disposition de la fameuse loi *Quinque pedum*, au C. *Finium regundor.*, qui, à ce que l'on croit, déclarait imprescriptible le petit terrain de cinq pieds qui, chez les Romains, séparait les héritages voisins. Mais, d'abord, cette loi est fort obscure; Accurse avouait ne pas

(1) *Voy.* argum. de l'art. 556 du C. civ.
(2) Art. 1619.
(3) Dunod, p. 85 et 98. Henrys, t. 2, p. 539. M. Vazeille, t. 1, p. 5o.

la comprendre, et, pour s'en excuser, il racontait que Pierre Abeilard, ce subtil argumentateur, qui savait toutes les choses qu'on savait de son temps, et qui se vantait de donner le vrai sens de quelque loi qu'on lui proposât, ne laissa pas de rester court sur une loi si courte, et fut contraint de dire *nescio*, avouant en ce point son ignorance. Les interprètes plus modernes ont cru qu'elle ne rejetait que la prescription de dix et vingt ans, et non la prescription de trente ans, et c'est l'opinion de Cujas (1), de Fachin (2), de Bretonnier (3). Enfin, quel que soit le sens de cette loi, elle peut tenir à des usages nationaux qui ne sont pas adoptés chez nous. Dunod fait mention d'un arrêt du parlement de Dijon rendu entre les chartreux et les religieux de Citeaux, par lequel, sans s'arrêter aux limites désignées dans les anciens titres, il fut dit que la délimitation serait faite suivant l'ancienne possession (4). Henrys cite une décision semblable émanée du siége près lequel il exerçait les fonctions d'avocat du Roi (5). Il n'y a pas de jour où la question ne soit jugée de même par la cour de Nancy, située au milieu d'un ressort où les terres ont une grande valeur, et où les moindres parcelles du sol sont disputées par les cultivateurs avec une passion qui atteste le vif sentiment de propriété dont est imbue cette population laborieuse. Pour le petit propriétaire, un sillon a une valeur très-grande, et il ne faut pas juger les intérêts de la classe agricole par les habitudes de la grande propriété. Considérable ou minime, le terrain litigieux doit être jugé d'après des principes identiques, et l'exi-

(1) Paralitte, sur le titre du C. *Finium regund.*
(2) *Controv.*, p. 658, lib. 8, cap. 35.
(3) Sur Henrys, *loc. cit.*, p. 541, nº 9.
(4) P. 98.
(5) Il est vrai qu'elle fut rendue sur les conclusions contraires (*loc. cit.*).

guïté de l'empiétement n'est pas une raison de le réputer clandestin. Tout dépend, encore une fois, des faits prouvés par les enquêtes. Y a-t-il eu publicité dans la possession? on dira, avec Dunod (1), au propriétaire qui prétend que sa surveillance a été en défaut : « Les « personnes intéressées n'ont pas d'excuse en ce cas; « elles sont présumées avoir su ce qu'elles ont vrai- « semblablement pu savoir ; il faut s'informer de ce à « quoi l'on a intérêt. Si on ne l'a pas su, on a dû le sa- « voir quand l'acte est public : *Nec enim perpetua « cujusquam ignorantia ferenda est, quæ potest dis- « cuti, et magna negligentia culpa est.* » Toutes les fois qu'une chose se fait publiquement, la clandestinité est exclue, et l'on présume la connaissance de l'acte chez ceux qui avaient intérêt à la connaître : *Præsumitur enim scientia in his quæ publicè fiunt* (2).

355. On peut encore citer comme exemple de possession clandestine celle du propriétaire dont les arbres poussent des racines souterraines dans le fonds voisin : celui dont l'héritage est gêné par ces excroissances a droit de les couper, aux termes de l'article 672 du Code civil. On ne pourrait par conséquent lui opposer une possession trentenaire : il n'a pas été obligé de fouiller son fonds pour savoir ce qui se passait audessous de la surface du sol, et le séjour des racines en terre a été clandestin pour lui (3).

D'ailleurs, je pense que le droit de couper les racines est de pure faculté ; il ne se traduit qu'en fait, et pas en action. Sous ce nouveau rapport, aucune prescription ne saurait militer contre lui (4).

(1) P. 33.
(2) Glose sur la loi 5, C. *de Peric. tutor.* Dunod, p. 33.
(3) M. Vazeille, t. 1, p. 131.
(4) *Suprà*, nos 118 à 121.

356. Si la possession a été clandestine dans le commencement, elle peut devenir plus tard publique et manifeste. Dès ce moment, elle est utile pour prescrire : c'est l'argument qu'on peut tirer de l'article 2233 du Code civil (1). Les lois romaines qui décident le contraire, et que M. Vazeille ne me paraît pas avoir parfaitement comprises, n'arrivent à d'autres résultats que parce qu'elles n'envisagent que la possession nécessaire pour usucaper, laquelle exigeait la bonne foi (2).

357. Mais la possession publique dans le commencement peut-elle impunément devenir clandestine dans son cours ? ou bien dira-t-on que, si elle se cache pendant une partie de sa durée, elle sera insuffisante pour prescrire ?

Les lois romaines ont expressément prévu ce cas, et elles se prononcent en faveur du possesseur : *Is autem qui quùm possideret non clàm, se celavit, in eâ causâ est ut non videatur clàm possidere.* NON ENIM RATIO OBTINENDÆ POSSESSIONIS, SED ORIGO NANCISCENDÆ EXQUIRENDA EST.

Africain nous a donné un exemple de cette règle.

J'achète de bonne foi auprès de Titius un esclave qui vous appartient, et je le possède après qu'il m'a été livré ; mais plus tard j'apprends que vous en êtes propriétaire, et je le cache pour que vous ne le réclamiez pas : je ne dois pas être considéré comme possesseur clandestin (3).

Dunod adopte cette décision (4), ainsi que Pothier, trop enclin, dans cette matière, à faire plier son esprit,

---

(1) M. Vazeille, p. 51.

(2) Africanus, l. 40, § 2, D. *de Acq. possess.* Connanus, lib. 3, cap. 13, nº 9. *Infrà*, nos 527 et 419.

(3) L. 40, § 2, D. *de Acq. possess.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 122, nº 8.

(4) P. 32.

ordinairement [illegible], à l'empire des lois romaines (1). On peut la fortifier par l'article 2269 du Code civil, qui se contente que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

Je ne pense pas cependant que la décision des lois romaines puisse être suivie, et que l'argument tiré de l'article 2269 soit concluant. La publicité est exigée dans la possession pour qu'elle frappe par son évidence celui auquel on prétend se substituer. Mais ce but est-il rempli si le possesseur, inquiet d'une publicité momentanée, s'efforce de dissimuler son droit et de tromper la vigilance du propriétaire? Pourra-t-on supposer, en présence d'une jouissance qui cherche à s'envelopper de ténèbres, que le propriétaire a renoncé à son droit?

On argumente des dispositions spéciales du Code civil, en matière de bonne foi; mais quelle différence! La bonne foi est une condition toute personnelle au possesseur; elle n'est qu'une opinion, qu'une croyance intérieure; c'est le sentiment du droit chez celui qui a un juste titre. Mais cette circonstance n'est pas requise pour éclairer le tiers contre qui court la prescription; il est donc indifférent pour lui qu'elle s'affaiblisse, ou même qu'elle disparaisse tout-à-fait. Mais il n'en est pas de même de la publicité de la possession; c'est là une condition destinée à réagir contre lui, à le mettre en éveil, à solliciter son attention; si elle est supprimée, ou, ce qui est la même chose, si on la réduit à un simulacre puéril, le but de la loi n'est pas rempli, et la prescription n'est plus qu'un piége tendu à la propriété (2). « Par règle générale, la possession, « ni la prescription, dit Coquille (3), ne sont considé-

(1) *Possession*, n° 28.
(2) C'est aussi l'avis de M. Vazeille, n° 48.
(3) Sur Nivernais, tit. 4, art. 15.

« publics, quand les actes ne sont ordinaires, con-« tinus et BIEN APPARENS, et si la science de celui « qui y a intérêt n'y est (1). » Quand la possession flotte entre des intermittences de publicité et de clandestinité, son incertitude la rend équivoque, et par conséquent vicieuse, comme nous le verrons aux numéros 359 et suivans.

358. Suivant Dunod (2), on doit être plus exigeant sur les preuves de publicité lorsqu'il s'agit de droits incorporels, par exemple d'usage et de servitude. Cet avis de Dunod était surtout excellent sous l'empire des coutumes qui autorisaient l'établissement de servitudes discontinues et non apparentes par la prescription; mais on sait que le Code s'est montré plus difficile, et qu'il repousse, comme étant occultes de plein droit, ou suspects de familiarité, tous les actes possessoires de servitudes latentes et discontinues qui ne sont pas fondés sur des titres. Du reste, l'observation de Dunod peut encore trouver sa place, à l'égard des droits d'usages dans les forêts, qui, comme nous le montrerons plus tard, peuvent s'acquérir par la prescription (3). La surveillance est difficile dans les bois; des produits peuvent y être enlevés sans que le propriétaire en soit averti. On consultera les circonstances, et surtout l'on aura soin de distinguer les diverses espèces d'usages. Presque tous sont sujets à délivrance (articles 119, 120, 179, Code forestier). La jouissance de ceux-là sera toujours publique, puisque, à moins qu'elle ne soit délictueuse, elle ne peut avoir lieu sans le concours du propriétaire.

359. Il faut, en cinquième lieu, que la possession

---

(1) *Infrà*, nº 508.

(2) P. 23.

(3) *Infrà*, nos 398 et suiv.

soit *non équivoque*. La possession peut être équivoque en plus d'un sens.

1° Elle est équivoque quand elle n'a pas été suffisamment continue (1). Ce vice se confond, par conséquent, avec celui que nous avons exposé au numéro 357.

2° Elle est équivoque quand tour-à-tour elle se montre et se cache, n'osant prendre une position fermement dessinée. Nous nous trouvons reportés à ce que nous disions au numéro 357.

3° Elle est équivoque quand elle n'est pas exclusive et qu'elle se balance avec la possession d'un autre qui a joui simultanément de la chose. Dans le doute, on doit se prononcer contre le possesseur pour le propriétaire qui a un titre en sa faveur, et qui n'a pas cessé de jouir. La possession de celui qui allègue la prescription n'a pas été assez certaine pour le dépouiller; le vice d'équivoque la rend inutile (2).

4° Elle est équivoque quand on ignore si elle a été exercée à titre de familiarité ou à titre de propriétaire; c'est ce qui a lieu pour les servitudes discontinues. Mais, comme la présomption de familiarité cesse dès qu'il y a contradiction, ces droits deviennent prescriptibles à compter de l'opposition, car l'équivoque n'est plus dès lors admissible (3).

5° Elle est équivoque lorsqu'elle laisse ignorer au public (4) si le détenteur a joui pour lui-même ou pour autrui (5).

(1) M. Proudhon, t. 8, p. 344.

(2) Arrêt de la cour de Toulouse du 30 janv. 1833 (Dall., 33, 2, 212).

(3) M. Proudhon, p. 344.

(4) *Infrà*, n° 508.

(5) Dunod, p. 21. D'Argentré, sur Bretagne, art. 265, cap. 5, *de Ambiguis et ancipitibus possessionibus*. *Infrà*, n° 508.

La pratique présentera plusieurs autres cas, et moi-même j'en ai montré ailleurs quelques-uns (1).

360. Comme exemple de ce dernier vice d'équivoque, on peut citer la possession du communiste qui jouit comme maître de la chose indivise, sans qu'on sache s'il jouit exclusivement pour lui-même, ou pour la société dont il fait partie (2). C'est à raison de l'équivoque de cette possession que, dans le doute, on décide qu'il représente la communauté, et que, fidèle à son titre, il a possédé pour elle en même temps qu'il a possédé pour lui. De là cette règle, si souvent mal comprise et mal appliquée, que la possession ne court pas entre associés tant que la société dure, et qu'ils possèdent en nom commun (3).

Et c'est en l'appliquant que Ferrières (4) décide que, lorsqu'une chose est omise dans un partage, elle demeure imprescriptible entre les héritiers.

361. Mais si l'un des communistes avait joui en son propre et privé nom, faisant voir par des actes éclatans que sa possession est exclusive dans son intention, l'équivoque se trouverait levée; une possession suffisante pour prescrire aurait son cours. La coutume de Lorraine le décidait expressément (5) : « Pour qu'un

(1) *Suprà*, n° 168.

(2) *Infrà*, n° 886.

(3) Catallan, liv. 7, ch. 8. Arrêt du parlement de Toulouse du 2 janvier 1669, Julien, *Statuts de Provence*, t. 2, p. 584. Dunod, p. 100. Diocl. et Max., l. 3. C. *In quibus causis*. M. Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, p. 601. Arrêt de la cour de cassat. du 18 mai 1826 (Dall., 26, 1, 303); autre, 6 novembre 1821 (*Palais*, t. 23, p. 659); autre, 5 janvier 1824 (*Palais*, t. 16, p. 12; *infrà*, n° 375). La cour de Grenoble avait demandé l'insertion de cette règle dans le titre de la prescription (Fenet, t. 3, p. 599); mais il aurait fallu la limiter par de nombreuses explications. Le législateur a bien fait de ne pas tenir compte de cette observation.

(4) Sur Paris, t. 6, § 3, n° 20. *Voy.* aussi Basnage, sur Normandie, art. 529.

(5) Tit. 18, art. 3.

« possesseur prescrive contre celui qui est associé à sa « propriété, *il faut qu'il ait possédé en son nom privé, « et de son droit particulier* (1). » L'article 816 du Code civil est conforme à cette disposition.

Lapeyrère (2) rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux qui a consacré la distinction que nous venons d'indiquer :

« Plusieurs frères partagent l'hérédité de leur père, « et il est stipulé qu'ils jouiront en commun de cer-« tains biens qui ne se pouvaient diviser commodé-« ment. Dans la suite, l'aîné seul en jouit pendant « cinquante ans. Chiquet, pour les frères qui avaient « fait l'action en partage après cinquante-un an, dit « que l'aîné n'a pas prescrit contre son titre, *quia so-« cius rem communem contra socium non prescribit.* « Hugon répond, pour l'aîné, que la maxime a lieu, « *quandò socius nomine communi possidet*; SECUS SI « NOMINE PROPRIO (loi *Servus communis*, D. *Communi « Divid.*). La cour, président M. de Pontas, jugea « qu'il y avait prescription, et mit les parties hors « de cour et de procès, sur les conclusions en par-« tage. »

Cet arrêt est fondé sur la raison, et il est tout-à-fait conforme au droit des coutumes. Dans un espace de trente ans, qui est le terme fixé pour la prescription de l'action en partage, il a pu arriver que mon associé m'ait vendu ou donné sa portion ; or, la prescription trentenaire fait présumer le titre. J'ai joui exclusivement, non comme associé, mais en mon nom seul; mon compersonnier l'a vu et l'a su, il ne s'est pas plaint: il a donc reconnu qu'il ne pouvait plus se plaindre, et

(1) *Junge* Metz, t. 14, art. 14, et Pothier, sur Orléans, t. 17, n° 12.
(2) L. P., n° 67.

son silence établit en ma faveur une présomption de titre (1).

Dira-t-on que l'arrêt dont il s'agit a consacré une interversion de titre, contraire à la maxime que nul ne peut se changer à soi-même la cause de sa possession? J'examinerai cette question en commentant l'article 2240 du Code civil (2).

Du reste, c'est par les circonstances qu'on jugera si la possession du communiste a été exclusive, ou bien si elle a eu lieu pour le compte de la communauté. Un arrêt du parlement de Toulouse du 3 septembre 1705 (3) a décidé, « qu'afin qu'un associé pût prescrire « contre l'autre, il ne suffisait pas qu'il possédât seul, « ni qu'il fît des paiemens de ses deniers, parce que « ce qu'il fait est censé fait pour la société, mais qu'il « fallait qu'il parût qu'il avait prétendu jouir *nomine* « *proprio*. » Cet exemple est bon à suivre. Je me borne à dire ici que, pour échapper à sa qualité originaire d'associé, il faut que les actes du possesseur soient hautement exclusifs.

362. J'en aurais dit assez sur ce qui concerne l'équivoque de la possession, si je n'avais pas vu quelquefois qualifier de possession ambiguë, et par conséquent inutile pour prescrire, celle qui étant la manifestation d'un droit de propriété subordonné à une condition résolutoire, se mélange d'élémens divers, et se prête à une double intention, conformément au titre dont elle émane. Mais je crois qu'il y a là faux

---

(1) M. Merlin, *Prescript.*, p. 601. Lebrun, *Success.*, liv. 4, ch. 1, nº 34. Voy. *infrà*, une espèce où cela n'a pas même été contesté, nº 456, et un arrêt de Bourges du 22 juillet 1831 (Dall., 33, 2, 101).

(2) *Infrà*, nºs 493 et 528.

(3) *Journal du Palais de Toulouse*, t. 5, § 96, p. 217. *Répert.*, *loc. cit.*

aperçu, et voici comment la position des possesseurs que j'ai en vue s'explique sans embarras.

Énonçons d'abord un des cas qui offre l'exemple de cette position. Je choisirai le plus marquant de tous, celui d'un associé ou d'un communiste (1).

L'associé qui entend se renfermer dans son droit possède pour lui-même, mais il possède aussi pour ses consorts, ainsi que je le disais au numéro 369. Or, il n'ignore pas que, par le partage qui est la fin de toute société ou communauté, il est soumis à une double chance : 1° ou à rester propriétaire exclusif de la chose possédée, si elle tombe dans son lot, et même à en être considéré comme propriétaire unique dès l'instant de la mise en société ; 2° ou bien à la voir tomber dans le lot de son coassocié, et à être présumé n'en avoir jamais été propriétaire.

Dans cet état, l'associé, fidèle à son titre, subordonne sa possession à une double idée, à l'idée de posséder pour lui seul, si le partage le favorise ; à l'idée de posséder pour autrui, si c'est son co-associé qui est favorisé par le sort. Mais cette possession, quoique à toute fin, n'est pas pour cela équivoque, en tant qu'il s'agit de conserver le droit de la société ou de ses membres, contre un tiers qui se prétendrait propriétaire de la chose. Cette possession a été ouvertement sociale, si je puis parler ainsi, et par conséquent exclusive du droit de ce tiers ; ce n'est qu'entre associés que son caractère est resté suspendu par une condition ; mais la condition arrivant, et produisant son effet rétroactif ordinaire, tout devient clair et précis. Si la chose échoit dans le lot de l'associé qui a possédé, il sera censé n'avoir possédé que pour lui ; si elle échoit dans le lot de son coassocié, il sera censé avoir pos-

(1) Je reviens sur ceci, *infrà*, n° 886.

site pour le compte de ce dernier. L'effet rétroactif produit par le partage éliminera celui des deux élémens de la possession qui se trouve inconciliable avec le droit qu'il détermine; l'élément compatible avec le résultat du partage dominera seul, et il servira à qualifier la possession intermédiaire. Dans tout ceci, il n'y aura rien d'équivoque et d'obscur; on saura nettement à quoi s'en tenir sur le caractère de la possession : elle sera ou hautement précaire, ou hautement à titre de propriétaire, suivant l'évènement.

Terminons ici ce qui a trait à l'équivoque de la possession.

Nous verrons, aux articles 2230 et 2231, les présomptions que la loi a posées pour lever certaines incertitudes et fixer le but de la possession.

363. Il faut, en sixième lieu, que la possession soit à titre de propriétaire.

La prescription est un moyen d'acquérir la propriété; il est donc nécessaire que la possession dont elle émane soit fondée sur l'idée de propriété. Sans cela, la règle : *Tantùm præscriptum quantùm possessum*, mettrait la propriété à l'abri des atteintes de la possession même la plus longue. De là ce principe invariable, que, pour prescrire, il faut une possession à titre de maître, *animo domini* (1).

364. Mais quand possède-t-on à *titre de propriétaire*? quel est le sens de cette règle? quelle est son étendue (2)?

On possède à titre de propriétaire non-seulement lorsque l'on fait des actes qui sont l'expression du droit de propriété plein, entier et complet, mais même

---

(1) *Suprà*, nº 168, *voy.* un exemple.

(2) L'art. 23 du C. de proc. civ. remplace ces mots par ceux-ci : *à titre non précaire.*

lorsque l'on exerce sur le fonds d'autrui des actes de jouissance qui tendent à n'en détacher qu'un démembrement. Par exemple, l'usufruitier n'a pas de prétention à la nue-propriété; il reconnaît un maître de la chose; mais, pour ce qui est du droit d'usufruit, fraction si importante du droit intégral de propriété, il exclut le propriétaire. Il use à titre de maître et dans un véritable esprit de propriété; il possède, non pas le fonds, mais l'usufruit, à titre de propriétaire (1).

Il en est de même de celui qui a un droit de servitude sur un héritage; il n'est pas propriétaire de la chose, mais il est propriétaire de la servitude, il en jouit à titre de propriétaire.

Nous dirons la même chose de l'emphytéote (2), du superficiaire, et autres qui ont un *jus in re* distinct et séparé de la propriété : ils sont propriétaires dans leur sphère; ils jouissent pour eux-mêmes, et non comme possesseurs ayant mission du maître pour le représenter.

Ceci s'applique aussi sans difficulté à l'usager, dont le droit est un démembrement de la propriété, et forme pour lui une fraction dont il jouit *animo domini* (3).

365. Il faut convenir cependant qu'il y a dans la position de tous ces individus quelque chose de précaire (4); car ils reconnaissent un domaine supérieur, un droit plus élevé, dont le leur n'est qu'une fraction. Et ici, puisque l'occasion s'en présente, donnons

---

(1) Merlin, *Inscript. hypothéc.*, § 5, n° 8, p. 229. M. Poncet, *des Actions*, n° 78. M. Proudhon, t. 1, p. 12 et suiv.

(2) *Inst.*, *de Loc. et cond.*, § 3. L. 1. C. *de Jure emphyt.* L. 1 et 3, D. *Si ager vectigalis*. *Répert.*, v° *Emphyt.* Domat, *Lois civiles*, p. 74, n° 6. Cassat., 26 juin 1822 (Dall., *Act. possess.*, p. 237). M. Lerminier, d'après M. de Savigny, p. 37.

(3) M. Proudhon, t. 8, p. 340 et suiv.

(4) *Id.*, p. 348, n° 3586. M. Poncet, *des Actions*, p. 115.

quelques explications anticipées sur ce qu'on doit entendre par possession précaire. Dans le droit français, le mot précaire a une plus grande extension que dans le droit romain. D'après les lois romaines, le précaire était un prêt gratuit révocable à la volonté de celui qui l'avait fait (1); mais, dans le droit moderne, on appelle possesseurs précaires tous ceux qui jouissent d'une concession, même irrévocable, qui ne dépouille pas absolument le propriétaire, et laisse entre ses mains un droit supérieur que le concessionnaire doit respecter. C'est du droit canonique que nous vient cette ampliation du précaire, ainsi qu'on le voit par le chapitre 3 du titre *de Precario*, aux *Decretales* (2). Quand un savant magistrat de la cour de cassation, M. Poriquet, a voulu, dans l'un de ses rapports, ramener le mot précaire à sa signification purement romaine (3), je pense qu'il n'a fait qu'exposer le système de la partie dont il déduisait les moyens, et non ses propres idées; car on ne peut supposer qu'un magistrat aussi distingué se soit laissé aller à cette erreur palpable (4).

Nous disons donc que l'usufruitier, le superficiaire, l'emphytéote, l'usager, le maître d'une servitude, sont des possesseurs précaires. Mais ils ne sont tels qu'eu égard aux droits que le propriétaire s'est réservés; car, quant à ceux dont ils jouissent, ils en usent *pro suo*, comme maître, et *animo domini*.

366. C'est en quoi leur position diffère essentiellement du fermier, du dépositaire, de l'emprunteur, du séquestre, de l'antichrésiste, etc., qui, dans la portion même de la chose dont ils jouissent, n'ont

(1) L. 1, D. *de Precaria*, Ulp.

(2) Lib. 3, t. 14.

(3) Dall., *Action possessoire*, p. 235.

(4) *Voy*. Dunod, p. 34. M. Merlin, *Répert.*, *Prescript.*, p. 523.

qu'une possession d'emprunt. Ceux-ci, en effet, ne sont propriétaires d'aucun démembrement de la chose; aucune idée de propriété ne se mêle à leur jouissance; on ne leur abandonne que le pur fait de possession, et ils l'exercent comme expression du droit de propriété résidant ailleurs que sur leur tête, et non comme signalement d'un droit particulier, *sui generis*, démembré du droit de propriété. Quand, par exemple, je donne à ferme mon héritage, je ne fractionne pas mon droit de propriété, je ne le dépouille d'aucun de ses élémens; je ne lui enlève aucune de ses parcelles : le droit reste intégral sur ma tête, et mon fermier possède pour moi. En est-il de même de l'usufruitier? Non ! on sent au premier aperçu que la propriété dépouillée de l'usufruit cesse d'être complète, et que le droit de propriété a été scindé en deux parties distinctes.

Il suit de là que le fermier et autres possesseurs que nous lui avons assimilés n'ont qu'une détention précaire, quel que soit le rapport sous lequel on les envisage. L'idée de propriété est inconciliable avec le rôle qu'ils sont appelés à jouer; tandis qu'au contraire l'usufruitier et autres que nous mettons sur la même ligne ne sont possesseurs précaires que sous un rapport; ils sont propriétaires du fragment du droit de propriété qui leur a été concédé.

On comprend maintenant ce que la loi a voulu dire en parlant d'une possession *à titre de propriétaire*, et il ne sera pas difficile d'appliquer cette doctrine à tous les cas que la pratique pourra soulever.

367. Comme l'intention qui caractérise la possession n'est souvent qu'un acte intérieur dont le secret n'est pas facile à pénétrer, des présomptions très-rationnelles ont été posées par les jurisconsultes, pour en déterminer la portée. Nous verrons ces présomptions formulées dans les deux articles suivans.

Elles reposent sur ce principe invariable, que la possession se continue telle qu'elle était à son principe; que c'est par son origine que sa qualité demeure fixée, et que nul ne peut s'en changer la cause à lui-même (1).

368. Nous avons passé en revue les six conditions qui rendent la possession habile à prescrire. Quand elle en est revêtue, on l'appelle possession qualifiée, possession légitime ou parfaite; mais, si elle ne les réunit pas, on l'appelle possession incomplète quand elle a été interrompue, et possession vicieuse quand elle a été violente, clandestine, équivoque ou précaire; car la violence, la clandestinité, l'équivoque et le précaire sont ce que les auteurs appellent vice en matière de possession.

369. Mais ces qualités de la possession, nécessaires pour prescrire, doivent-elles exister d'une manière absolue, ou bien suffit-il qu'elles n'existent que relativement, c'est-à-dire par rapport à celui à qui la prescription est opposée?

Pour résoudre cette difficulté, une distinction est d'abord nécessaire entre la possession attaquée pour cause de violence, de précarité et de clandestinité, et celle à qui l'on reproche de n'être pas complète, c'est-à-dire d'avoir été interrompue.

Voyons ce qui concerne la possession arguée d'un des trois vices dont j'ai parlé.

370. Si la question devait être jugée d'après les règles qui ont déterminé les conditions de la possession nécessaire pour intenter les actions possessoires, la solution n'en serait pas douteuse. Les lois romaines ont décidé que les qualités de la possession n'étaient que relatives (2), et tel a toujours été l'esprit de nos

(1) Cette règle est écrite dans l'art. 2240.

(2) *Suprà*, nos 284 et 382.

coutumes et de notre jurisprudence. Par exemple, l'ancienne coutume d'Orléans portait : « On acquiert « possession d'héritage, droit corporel ou incorporel, « en jouissant par an et jour, *nec vi, nec clàm, nec* « *precariò, ab adversario;* » et Pothier nous apprend que, lors de la réformation de la coutume, ces derniers mots, *nec vi, nec clàm, nec precariò, ab adversario,* furent retranchés *comme superflus et n'exprimant que ce qui est de droit commun* (1). Depuis le Code de procédure, les mêmes principes sont en vigueur, et personne ne songe à les contester (2).

En est-il de même quand il s'agit de la possession nécessaire pour prescrire?

Ce qui fait le doute, c'est que la possession nécessaire pour prescrire était considérée par les Romains comme devant être plus parfaite que celle qui faisait accorder les interdits (3). Aussi avons-nous vu qu'ils faisaient une distinction entre la possession *ad usucapionem,* qu'ils appelaient civile, et la possession *ad interdicta,* qu'ils appelaient tout simplement possession (4). Mais on peut répondre que ces divisions de la possession n'avaient été enseignées, par les jurisconsultes de Rome, qu'à une époque où l'on ne connaissait pas encore la prescription trentenaire, et où la possession pour usucaper devait être nécessairement accompagnée de bonne foi; qu'il n'est pas étonnant dès lors qu'ils regardassent comme bien plus noble et bien plus parfaite la possession *ad usucapionem,* et qu'ils missent dans un rang inférieur la possession *ad interdicta,*

---

(1) Sur Orléans, tit. 22, note 3 de l'art. 369.

(2) M. Poncet, *des Actions*, p. 129, nº 81.

(3) C'est pourquoi M. Lerminier, en analysant M. de Savigny, dit: *Ergo qui ad usucapionem possidet, possidet et ad interdicta, sed non vice versâ* (p. 15).

(4) *Suprà*, nº 239.

qui n'exigeait pas de bonne foi; qu'aujourd'hui que nous admettons la prescription de trente ans sans bonne foi, nous devons restreindre les décisions des jurisconsultes romains à la prescription décennale et vicennale avec titre; que ce n'est que dans ce dernier cas que nous repoussons toute possession empreinte des vices de clandestinité, de précarité et de violence, lesquels excluent la bonne foi; mais que, lorsqu'il s'agit de prescriptions pour lesquelles la bonne foi n'est pas nécessaire, on ne voit pas pourquoi la possession pour prescrire ne serait pas considérée du même œil que la possession pour les actions possessoires; que la possession qui est bonne pour faire maintenir dans la propriété provisoire que donne la possession, semble également bonne (lorsqu'elle s'est continuée pendant trente ans) pour faire maintenir dans la propriété définitive.

On peut fortifier cette argumentation par des exemples. Supposons que ma possession soit violente à l'égard de Pierre, que j'ai expulsé par la force et qui m'a laissé jouir: si vous vous présentez plus tard pour revendiquer l'immeuble, et que je vous oppose la prescription, vous ne serez pas fondé à m'objecter que je suis entré en possession par violence, car celui qui a été l'objet de mes voies de fait n'a rien de commun avec vous; c'est un tiers dont vous ne devez pas invoquer le droit: peut-être n'était-il qu'un brigand audacieux que j'ai bien fait de châtier pour sa témérité. Après tout, que vous importe? Ma possession a-t-elle été violente à votre égard? Non, elle a été paisible; je me suis présenté à vous comme propriétaire, vous m'avez laissé posséder comme tel: vos reproches ne sauraient m'atteindre.

Un autre exemple pourrait encore mieux venir à l'appui de ce système. Ma possession a été clandestine à l'égard de Pierre, que je croyais être le

vrai propriétaire de la chose; mais, par rapport à vous, que je recevais chez moi avec familiarité, à qui je confiais mes secrets, avec qui je partageais mes travaux, elle a été publique. Si plus tard vous élevez des prétentions à la propriété, ne sera-t-il pas dérisoire que vous m'opposiez la réserve dont j'ai usé envers Pierre, et que vous laissiez de côté l'abandon dont j'ai usé envers vous? N'est-il pas clair que votre silence pendant trente ans, votre long respect pour une possession qui ne vous était pas cachée, fera présumer l'abandon de votre droit (1)?

En un mot, l'article 2229 du Code civil, peut-on dire, se sert d'expressions synonymes de celles qu'on lit dans l'article 23 du Code de procédure civile; or, dans ce dernier texte, les mots *possession paisible, à titre non précaire,* se prennent dans un sens relatif: *nec vi, nec clàm, nec precariò,* AB ADVERSARIO. Pourquoi, dans l'article 2229, voudrait-on leur imposer un sens absolu?

Malgré ces raisons, je pense qu'il y a dans ce système quelque chose qui ne peut être admis sans restriction.

D'abord, tout le monde comprendra aisément que la loi se montre plus sévère pour adjuger définitivement la propriété que pour donner la possession. Nous avons vu plus haut le président Favre énoncer cette vérité de bon sens (2); elle ne saurait être contestée. Il ne faut donc pas argumenter avec trop de confiance des règles du possessoire aux règles du pétitoire.

Je conçois cependant qu'on ne juge pas la clandestinité et la violence avec des idées trop inflexibles. Les

(1) Voy. *infrà*, n° 431, un texte d'Ulpien qui pourra paraître contraire à ceci, et la réponse.

(2) *Suprà*, n° 340.

conditions de publicité et de possession paisible ont été introduites pour prévenir les surprises, et, dans leur appréciation, le juge a une grande latitude ; il est presque toujours enclin, et non sans raison, à les considérer sous un point de vue relatif ; car les faits de surprise doivent être principalement considérés par rapport à celui qu'il s'agit de dépouiller de son droit. S'il n'y a eu, à son égard, ni clandestinité, ni ruse, ni violence, ni équivoque, ne serait-il pas trop sévère de refuser la prescription au possesseur trentenaire, toujours plus favorable que le propriétaire négligent?

Mais ce libre arbitre, que je concède au juge en pareil cas, je ne crois pas qu'il puisse l'exercer lorsque le vice reproché à la possession est celui de précaire ; alors il me paraît difficile de ne pas examiner la possession d'une manière absolue, et je ne sais trop comment, en présence de l'article 2229, combiné avec les articles 2236 et 2240, qui ne comportent aucune distinction, le juge aurait la faculté de décider que la possession, précaire à l'égard des uns, n'est pas précaire à l'égard des autres, et que le titre, ce signalement invariable de la possession, pourrait être changé à l'égard des uns et rester le même à l'égard des autres. Il ne faut pas oublier qu'en thèse générale la possession doit être uniforme à l'égard de tous : *Possessio uniformis est quo ad omnes, et universos respicit, nec nisi una est* (1), disait Bartole ; nous verrons au numéro suivant que cette idée a toujours été appliquée dans ce qui touche à la continuité de la possession. Pourquoi en serait-il autrement à l'égard du précaire qui infecte tout aussi profondément, et plus encore peut-être que l'interruption, la possession à fin de prescrire ? A la vérité, nous nous sommes relâchés de cette sévérité à l'égard de la violence et de la

(1) *Infrà*, n° 542.

clandestinité ; mais c'est que ces vices résident dans des faits variables, dont l'interprétation est abandonnée à la conscience du juge, et qui, par leur nature, se prêtent à un coup d'œil relatif. Ici, au contraire, l'absolu est inévitable : une possession *animo domini* exclut une possession précaire. Par réciprocité, on ne peut concevoir une possession à titre de propriétaire là où le précaire se montre avec évidence : ces deux titres ne sauraient s'amalgamer ou subsister ensemble.

371. Quant à la continuité et à la non interruption de la possession, l'article 2243 tranche la question de la manière la plus formelle. Il considère cette condition d'une manière absolue ; il veut que, lorsqu'il y a interruption à l'égard de l'un, il y ait aussi interruption à l'égard de tous : c'est une raison de plus de s'en tenir à l'opinion qui domine dans le numéro précédent (1).

ARTICLE 2230.

On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour autrui.

SOMMAIRE.

372. Justice de la présomption établie dans l'article 2230.
373. Mais cette présomption cède à des preuves contraires, et, par exemple, au titre.
374. Ou à une présomption contraire plus forte.
375. Exemple du tuteur, du communiste.
376. Dans le concours de plusieurs titres, on est censé posséder en vertu de celui qui comporte l'idée de propriété.

COMMENTAIRE.

372. Lorsqu'on ne connaît pas le titre en vertu du-

(1) Voy. *infrà*, nos 540 et 541.

quel un individu est en possession, à quelle présomption s'arrêtera-t-on ? Supposera-t-on qu'il est en possession pour autrui ou qu'il jouit pour lui-même ?

La loi n'a pas hésité à se prononcer pour la possession à titre de propriétaire, et ce n'est pas par une philosophie égoïste qu'elle l'a fait ; l'homme est censé libre dans l'emploi de ses facultés, et propriétaire de la matière sur laquelle il les exerce. Pour supposer qu'il soit au service d'un autre, il faut des preuves. Dans le doute, c'est pour la liberté, pour le droit plein et absolu, que la raison prononce. De là l'article 2230 du Code civil, qui rend hommage à cette indépendance présumée de l'individu. Du reste, la présomption qu'il établit a été empruntée à l'ancienne jurisprudence : « Dans le doute, dit Dunod, on est censé posséder « pour soi-même plutôt que pour autrui, quand cette « présomption n'est pas combattue par de plus pres- « santes (1). » Dunod lui-même n'avait fait que résumer les idées recueillies avant lui par d'Argentré, et répandues çà et là dans les écrits des anciens docteurs, *sparsæ illæ quidem, nec usquam uno loco* (2). Or, voici comment s'exprime le savant interprète de la coutume de Bretagne, dans son commentaire de l'article 265 (3) : *Succedit contrarius casus, quum scilicet dubium et incertum est quo quis nomine possederit; in quo sic traditur,* SIBI POTIUS QUAM ALTERI, REM ET NEGOTIUM GERERE PRÆSUMI, *quum sibi potiùs quàm alii benè esse ex naturæ præsumptione quisque malit* (4)... *Ergo quod quisque possederit suo nomine, et pro se possedisse, et præscripsisse intelligendus erit et pro suo.*

(1) Page 22.

(2) Sur Bretagne, p. 906, art. 265, n° 12, ch. 5.

(3) *Loc. cit.*, n° 17.

(4) Et il cite la loi *Si pactum*, D., *de Probat.*, Bartole, Balde, Alexandre, Aretin, etc.

373. Mais cette présomption s'évanouit dans plusieurs cas. Le premier a lieu lorsqu'on représente le titre de la possession, et qu'il en résulte que c'est une possession pour autrui (article 2230); car, en cette matière, il y a une règle constante : *A primordio tituli posterior formatur eventus* (1) ; le titre est l'interprète de la possession.

374. Le second a lieu lorsque la présomption de la loi est détruite par une présomption contraire plus forte. *Hoc tamen theorema interdùm fallit, quum scilicet, aliâ præsumptione fortiore, hoc quod præsumptione solâ nititur, eluitur.* Ce sont les expressions de d'Argentré (2).

375. Il suit de là que, si un tuteur possède des immeubles appartenant à son pupille, il sera censé les avoir possédés pour ce dernier, et non à titre de propriétaire.

De même, le communiste ou l'associé qui n'annonce pas, par quelque acte extérieur, qu'il entend jouir en son propre et privé nom (3), est plutôt présumé posséder au nom de la société dont il fait partie.

De même encore, un mandataire achète un immeuble, en vertu d'une procuration ; mais il fait l'achat purement et simplement, sans faire mention ni de sa qualité de procureur, ni de celui pour qui il agit. C'est en vain qu'il prétendra avoir possédé cet immeuble pour lui-même : la représentation de la procuration prouvera qu'il a possédé pour son mandant. Il en serait autrement s'il avait fait l'acte d'achat en son nom per-

(1) D'Argentré, *loc. cit.*, nº 12, L. 1, § 1, D. *de Doli except.* L. 2, C. *de Acq. possess.* L. *Clàm*, D. *de Acq. possess.* L. 1, C. *de imponendâ lucrativâ descriptione.*

(2) *Id.*, nº 18.

(3) *Suprà*, nº 361, et *Cout. de Lorraine*, tit. 18, art. 2.

sonnel, et pour lui; nous avons vu ci-dessus que c'est à lui que serait la possession (1).

376. Lorsqu'on a possédé en vertu de plusieurs titres, l'on est censé posséder plutôt en vertu de celui qui est valable que de celui qui est vicieux (2); on peut même, surtout en défendant, rapporter sa possession à celui de ces titres qu'on juge à propos, pourvu qu'en le faisant on ne choque pas trop ouvertement les règles de la vraisemblance (3).

Article 2231.

Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

SOMMAIRE.

377. La présomption posée par notre article est la conséquence de la règle : *Ad primordium tituli posterior semper refertur eventus*.

378. Cependant l'article 2231 admet une preuve contraire. Comparaison de d'Argentré.

379. Des interversions en matière de possession. Renvoi.

COMMENTAIRE.

377. Nous retrouvons ici la règle générale : *Ad primordium tituli posterior semper refertur eventus*. Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours censé posséder au même titre; car, comme le dit d'Argentré, *Continua erit præsumptio*, SEMPER ET EX EADEM CAUSA IN POSSESSIONE EUM ESSE (4).

---

(1) *Suprà*, n° 260.

(2) Dunod, p. 22.

(3) Dunod, p. 22. D'Argentré, sur Bretagne, art. 265, ch. 5, nos 14 et 15.

(4) Sur Bretagne, art. 265, ch. 5, n° 16.

378. Notre article ajoute : « s'il n'y a preuve du contraire. »

La présomption doit, en effet, céder à la vérité; *nam si perspicuè intentio agentium probari posset, frustrà de præsumptionibus pugnaretur*, nous dit d'Argentré, guide du Code civil en cette matière (1); *quæ non magis contra veritatem probatam possunt subsistere*, QUAM LUCERNA ADVERSUS SOLEM.

Supposons, en effet, que le possesseur ait acheté de celui dont il n'était d'abord que l'administrateur : la production de l'acte de vente fera taire la présomption de la loi, et sa possession sera, dès l'instant où ce changement a eu lieu, une jouissance à titre de propriétaire.

Mais, lorsque l'interversion ne sera pas prouvée, c'est par l'origine de la possession, par sa cause primordiale, qu'on jugera du caractère qu'elle a eu dans son cours. *Actus possessorii omnes quos quisquam exercet, determinari debent ab suâ causâ, id est, semper referri ad titulum correlativè, ut omninò fructus collegisse et tenuisse quisquam putandum sit ex eo titulo quem habet* (2).

379. Ici, la liaison naturelle voudrait peut-être que l'on traitât de la matière des interversions ; mais le législateur a jugé à propos de la reporter au chapitre *des causes qui empêchent la prescription*, où elle trouve aussi sa place. Nous la traiterons avec détail sous l'article 2240 du Code civil, que nous combinerons avec l'article 2231.

(1) *Loc. cit.*, nº 21.
(2) D'Argentré, *loc. cit.*, nº 12.

ARTICLE 2232.

Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

SOMMAIRE.

380. Liaison. Pourquoi les actes de pure faculté et de tolérance ne fondent pas de prescription.
381. § 1. Des actes de pure faculté considérés dans leur rapport avec la prescription pour acquérir.
382. Il ne faut pas confondre les actes de pure faculté avec les actes de tolérance et de familiarité. Les auteurs ne les ont pas toujours distingués.
383. § 2. Des actes de tolérance et de familiarité. Leur différence avec le précaire.
384. Actes tolérés par suite de relations de bon voisinage ou d'humanité. Mot de Cicéron. Éloge de son livre *des Devoirs*.
385. De la vaine pâture sur les terres non closes et dépouillées. Elle est de tolérance, d'après le droit commun.
386. De la vaine pâture réciproque dans certaines coutumes. Elle est de pure faculté.
387. Qu'a fait, à l'égard de ce droit, le Code rural de 1791? Il la range, sauf quelques exceptions, dans le rang des droits de pure tolérance.
388. Mais il y a un cas où la vaine pâture peut être l'indice d'un droit de propriété: c'est lorsqu'elle s'exerce *animo domini* sur des terres sans culture. Arrêts de Riom contraires à cette opinion. Arrêt d'Amiens qui lui est favorable.
389. Réfutation des arrêts de Riom.
390. Réponse à une objection.
391. La possession du tour de charrue est de tolérance et de familiarité. Mais il en serait autrement si, au lieu de se borner à contourner, le voisin cultivait et ensemençait le terrain réservé pour le tour de charrue.
392. La possession des servitudes imprescriptibles est de pure tolérance.
393. A moins qu'il n'y ait contradiction.
394. Examen de la question de savoir si l'exercice d'un droit d'usage dans une forêt est de tolérance, quand il n'est pas fondé sur un titre.

395. Presque tous les anciens usages sont fondés sur la possession. Peut-il en être de même aujourd'hui?

396. Dissentiment avec MM. Merlin et Proudhon, qui, en se combattant, vont l'un et l'autre beaucoup trop loin.

397. L'auteur se réunit à M. Merlin, pour soutenir, contre M. Proudhon, que les droits d'usage sont des servitudes.

398. Preuves résultant des lois romaines et du Code civil.

399. De la nature et de l'objet des servitudes. Réponse à l'argument que M. Proudhon tire du cantonnement.

400. Mais de ce que les droits d'usage sont des servitudes discontinues, il ne s'ensuit pas qu'on doive leur appliquer l'article 691 du Code civil.

401. Réfutation de M. Merlin, qui soutient le contraire. Première preuve, tirée de ce que les coutumes, quoique classant les usages parmi les servitudes, leur appliquaient des règles particulières.

402. Suite.

403. Deuxième preuve, tirée de la différence qui existe entre l'exercice des droits d'usage et l'exercice des servitudes.

Troisième preuve, tirée de l'article 636 du Code civil.

404. Mais il ne faut admettre la possession pour faire acquérir un droit d'usage par la prescription qu'autant qu'elle ne serait pas délictueuse. Exagération de M. Proudhon, qui veut qu'on tienne compte des possessions exercées sans délivrance préalable.

405. Suite.

406. Réponse à une objection spécieuse de M. Proudhon.

407. Autre dissentiment avec M. Proudhon, qui croit que les droits de pacage dans les forêts sont imprescriptibles d'après l'article 691 du Code civil. Contradiction dans laquelle tombe cet auteur.

Autre dissentiment avec M. Proudhon, qui décide qu'on peut acquérir par prescription le droit à l'extraction du sable ou de la pierre.

408. Observation particulière, relative au droit d'affectation. Il est, de sa nature, précaire, à moins de preuves du contraire.

409. La possession ou occupation résultant de la force majeure ne donne pas de droit. Exemple emprunté à l'extension des eaux d'un étang.

COMMENTAIRE.

380. Puisque la possession pour prescrire doit être

accompagnée de l'intention de devenir propriétaire ou de l'opinion qu'on l'est déjà, il suit naturellement que les actes de simple faculté et ceux de tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, car ils sont tout-à-fait exclusifs de l'idée de la propriété.

381. Les actes de pure faculté ont été définis aux numéros 112 et suivans. Il faut se reporter aux développemens auxquels nous nous sommes livrés à cet égard; mais, dans ce que nous avons dit alors, nous n'avons envisagé que la question de savoir si les facultés naturelles peuvent se perdre par le non usage trentenaire; nous n'avons pas donné notre attention au caractère des faits possessoires qu'on appelle de pure faculté, et qu'on pourrait invoquer pour acquérir la prescription. C'est pour l'article 2232 que nous réservions cette partie de notre analyse; voici le moment de nous y livrer.

La possession de pure faculté est celle que nous exerçons, non pas en vertu d'un droit qui nous soit propre, mais en vertu d'une destination naturelle de la chose qui appartient à tous ou à plusieurs (1). Que pourrions-nous acquérir en nous livrant à ces actes (2)? Le droit de nous servir de la chose comme faisant partie du corps communal ou national? mais nous l'avons déjà; et les actes dont il s'agit n'en sont que la manifestation. Le droit d'autrui? mais il est imprescriptible, et le non usage n'en saurait faire perdre le principe. D'ailleurs, quand nous faisons ces actes, nous n'entendons pas agir comme propriétaires exclusifs (3), et nous substituer au corps moral qui en est le véritable maître.

(1) Dunod, p. 80.

(2) Dans le projet présenté par M. Portalis, on lisait, art. 14: *Les actes facultatifs* (Fenet, t. 15, p. 550); puis, dans la rédaction définitive, on a substitué à ces mots ceux-ci: *Les actes de pure faculté* (Fenet, p. 565). On ne voit pas le motif de ce changement.

(3) M. Bigot, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 15, p. 581).

Par exemple, je suis habitant d'une commune, et j'ai la faculté de prendre de l'eau aux fontaines publiques, de profiter des affouages, de conduire mes bestiaux aux pâturages communs ; mais ce sont là des actes que je ne fais pas en vertu d'un droit qui me soit propre; je les puise purement et simplement dans l'incolat. Ils ne peuvent donc pas acquérir une possession individuelle ; ils laissent intact le droit de la commune, et ne le font pas passer dans le domaine privé.

382. Les auteurs n'ont pas toujours bien distingué les actes de pure faculté et les actes de familiarité ou de simple tolérance, dont parle notre article ; mais je crois que la nuance entre les uns et les autres est trop saillante pour être méconnue. Les actes de pure faculté impliquent l'idée d'un droit ; à la vérité, ce droit n'est pas individuel ; c'est le droit de tous mis en pratique par un seul, et dans son unique intérêt ; mais il n'en est pas moins vrai que, quand l'individu l'exerce, il ne doit rien à personne : il agit pour lui-même, sans permission d'un maître qui pourrait le lui retirer.

Il n'est pas ainsi des actes de tolérance et de familiarité ; ils supposent une permission tacite d'un propriétaire ayant un droit supérieur. L'amitié, la patience, les relations de bon voisinage déterminent ordinairement le maître de la chose à souffrir l'exercice de ces faits, parce qu'ils ne lui portent pas un préjudice réel ; mais, s'il lui plaît de les faire cesser, il en a le droit. Sa patience peut s'épuiser, son amitié peut faire place à d'autres sentimens ; il rentre alors, si cela lui plaît, dans la plénitude de sa jouissance, et ne permet pas que d'autres viennent y prendre part. Tout cela n'existe pas dans les actes de pure faculté ; ils sont aussi inaltérables que le domaine public ou communal dont ils émanent. Tant qu'on est membre de la nation ou de la communauté à qui ils appartiennent, l'indi-

tous qui fait partie de ces corps ne peut être privé de la participation aux avantages qu'ils procurent.

383. Les actes de tolérance et de familiarité ont une grande analogie avec le précaire; ils sont de la même souche. Ils en diffèrent néanmoins en ce que, dans l'exactitude du langage, le précaire n'a lieu que par une concession expresse et contractuelle, tandis que les actes de tolérance ne comportent que l'idée d'une permission tacite, révocable (1). Du reste, la tolérance peut avoir plusieurs causes : tantôt c'est la familiarité et l'amitié, tantôt c'est un motif d'humanité qui empêche de se montrer trop rigide sur l'exercice de certains actes qui ne peuvent avoir grande conséquence. Je vais passer en revue plusieurs cas où l'on trouvera les caractères de tolérance en opposition avec ceux d'un droit véritable. Du reste, il n'est pas toujours facile de trouver dans la pratique la ligne de démarcation qui les sépare.

384. Il y a des actes que l'on se permet par suite de relations de bon voisinage. Tels sont ceux qui ont pour but d'user d'une chose appartenant à autrui, en prenant la précaution de ne lui causer aucun préjudice, ou le moins de préjudice possible; on devra les ranger dans la classe des actes de tolérance (2); l'humanité porte alors le propriétaire à les souffrir. *Quidni enim* (dit Cicéron dans son beau livre *des Devoirs*) *alteri communicentur, quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta* (3)?

Supposons que j'aille pendant trente ans dans votre terrain ouvert où existe une source, et que j'y prenne

(1) Dunod, p. 5.

(2) Voy. *infrà*, n° 494.

(3) Voy. *suprà*, n° 144, ce passage cité plus au long; et n° 168, vers la fin, un exemple.

de l'eau pour me rafraîchir. En ne vous opposant pas à ce fait, vous n'avez pas entendu vous lier pour toujours ; car il n'en résultait pour vous aucun dommage, et moi, je ne me le suis permis que parce que je savais qu'il ne vous en causait pas. Mais tout d'un coup vous avez besoin de vous clore, parce que vous voulez transformer en jardin ce terrain vague et presque inutile : mes actes de puisage n'y feront pas obstacle ; c'est sans idée de servitude ou de propriété que je m'y suis livré ; ce n'est que par complaisance que vous les avez tolérés. C'est pourquoi Paul a dit ces paroles, dont l'application trouve ici sa place : *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit* (1).

385. La vaine pâture exercée par les habitans d'une commune sur les terres non closes et dépouillées de récoltes, et à titre de démembrement de la propriété, est aussi un droit qui, de tout temps en France, d'après notre droit commun, a été regardé comme étant de simple tolérance ou familiarité (2). Pourquoi le propriétaire empêcherait-il en effet des actes de dépaissance qui ne lui portent aucun préjudice, tandis qu'ils peuvent être utiles au petit propriétaire de bestiaux manquant de pâturages? Mais, s'il éprouve plus tard le besoin de se clore, sa longue tolérance n'y fera pas obstacle. En autorisant la vaine pâture, il n'a pas entendu se dessaisir, et ceux qui l'ont exercée n'ont pas entendu agir comme propriétaires ; car, d'une part, ils reconnaissent que le fonds ne leur appartient pas, et, de l'autre, ils n'usent de ce fonds que dans les temps où le maître n'a rien à souffrir, et avec une réserve qui

(1) L. 41, D. *de Acq. possess.* *Suprà*, n° 168.
(2) M. Proudhon, t. 8, n° 3658, p. 473.

ne porte pas atteinte à ses droits : c'est donc le cas d'un précaire tacite.

Presque toutes les coutumes avaient des dispositions conformes à ces principes. La vaine pâture n'était regardée par elles comme un droit qu'autant qu'elle était appuyée sur des titres (1); et, quant à celles qui semblaient en autoriser l'acquisition par possession immémoriale (2), les jurisconsultes les interprétaient en ce sens, qu'il fallait, avec l'exercice du pacage, quelques actes servant pour démontrer qu'on avait joui *pro suo et opinione dominii*, comme si le seigneur avait fait quelque effort pour l'empêcher et qu'on eût continué à jouir. « Car, dit Coquille (3), la suite et continuation « de toute possession doit être rapportée au commen- « cement de la jouissance, pour faire dire que la jouis- « sance est telle au centième an comme elle était au « premier an, suivant ce qui est dit dans la loi *quùm* « *nemo, C. de Acquir. possess.* (4). »

386. Il y avait cependant quelques provinces où la vaine pâture était érigée en servitude naturelle et proprement dite. Dans leur ressort, les propriétaires étaient obligés malgré eux de laisser leurs héritages ouverts aux bestiaux d'autrui, dans les temps marqués pour la vaine pâture (5). C'était une espèce de conven-

---

(1) Bretagne, 393. Lorraine, tit. 14, art. 23, 24. Epinal, tit. 10, art. 25, 26. Orléans, art. 155. Blois, 214. Romorentin, art. 11. La Ferté-Imbault, art. 6. La Ferté-Auray, art. 5. C'est aussi ce que jugeait le parlement de Paris, dans les coutumes muettes, de son immense ressort (*Répert.*, vº *Vaine pâture*, p. 435).

(2) Nivernais, ch. 10, art. 26. Troyes, 168. Chaumont, art. 102.

(3) Sur Nivernais, art. précité.

(4) *Voy.* aussi M. Merlin, vº *Vaine pâture*, p. 430; et Dunod, p. 81. M. Proudhon a exposé tout ceci, ainsi que plusieurs nuances du droit de vaine pâture, avec détail, t. 8, p. 475.

(5) Montargis, ch. 4, art. 1, 2, 3. Bourbonnais, art. 131 et 132. Poitou, 163, 195, 196.

tion faite entre tous, les propriétaires habitant la localité, de laisser leurs bestiaux pâturer sur les terres les uns des autres, quand elles étaient vides et dépouillées. On supposait qu'ils avaient associé leurs propriétés respectives pour favoriser la multiplication des bestiaux (1). Ici la vaine pâture devenait de pure faculté; elle découlait d'un droit naturel, et général ouvert à tout habitant de la localité : elle n'était pas tolérée, elle était forcée. Mais, à titre de droit facultatif, elle ne pouvait pas servir pour dépasser les limites d'un droit de dépaissance, et pour se convertir en une acquisition de la propriété; elle reconnaissait un droit de propriété supérieur au sien.

387. La loi du 28 septembre = 6 octobre 1791, appelée vulgairement Code rural, a substitué à ces variations des législations locales de l'ancien régime, des dispositions uniformes. La vaine pâture, quoique exercée dans les temps les plus anciens, n'empêche pas un propriétaire de se clore; mais elle est un obstacle à la clôture d'un héritage quand elle est fondée sur un titre (2). Du reste, elle continue d'avoir lieu dans les terres non closes et dépouillées (et sauf la faculté de se clore ultérieurement), lorsqu'elle est autorisée par la loi ou par un usage local immémorial (3).

Voilà quel est aujourd'hui l'état de la législation sur la vaine pâture considérée comme servitude, comme restriction du droit de propriété reconnu en la personne d'autrui. Son caractère précaire est surtout écla-

(1) *Répert.*, *loc. cit.*, p. 432.

(2) *Répert.*, p. 441. On y trouve les arrêts. *Junge* art. 647 et 648, C. civ., et M. Vazeille, p. 60 et 61.

(3) Art. 3, tit. 1, sect. 4.

sant lorsqu'elle s'exerce sur des terres dépouillées de récolte, en attendant que la charrue les livre de nouveau à la culture, ou que des produits utiles y viennent spontanément. Le propriétaire ne cesse jamais de posséder la chose, d'en retirer les principaux avantages et d'y faire annuellement tous les actes de maître. Il serait déraisonnable d'ériger en droit rival au sien le fait presque insignifiant de ceux qui viennent y chercher, après qu'elle a donné son émolument le plus considérable, quelques débris chétifs et délaissés de sa fécondité.

388. Mais peut-on en dire autant lorsque la vaine pâture est invoquée comme signe non plus d'une servitude, mais d'un droit de propriété sur des terres vaines et vagues, dont la destination est de rester sans culture et en landes et bruyères? Ne peut-on pas dire, dans ce cas, que la vaine pâture est à peu près la seule manière de jouir de ces terrains *animo domini*, et qu'elle est l'indice d'une possession à titre de propriétaire? Ne peut-on pas le soutenir, surtout alors qu'elle a été accompagnée d'autres actes qui la fortifient, comme de couper des joncs et des arbustes?

Un arrêt de la cour de Riom du 24 février 1805 s'est prononcé pour la négative. Le sieur de Lestrade, propriétaire de la terre de Lamarade, possédait un terrain qui formait un marais appelé *le petit étang*. Depuis un temps immémorial, les habitans de la commune de Connac avaient fait pacager leurs bestiaux sur ce paquis ou pâtural, et en avaient coupé les herbages et les joncs au vu et au su du propriétaire, et à son exclusion. Néanmoins la cour pensa que le fait de vaine pâture et d'enlèvement d'herbages ou de joncs sur un terrain laissé inculte n'est pas attributif de la propriété, qui reste toujours sur la tête de celui qui laisse son héritage en jachère. — La même cour avait déjà

rendu un arrêt semblable à la date du 23 mai 1801 (1).

Ici reviennent les raisons que nous donnions aux numéros précédens : une pareille possession n'est pas une charge pour le propriétaire; elle est, au contraire, souvent pour lui un avantage, puisqu'elle procure des engrais au fonds, et le prépare ultérieurement à la possibilité d'être cultivé. Pourquoi le propriétaire se serait-il opposé à des actes qui ne nuisent pas? On ne refuse jamais de souffrir des actes insignifians pour le maître, utiles pour celui qui s'y livre; un propriétaire humain ne fait pas le mal pour le seul plaisir de le faire (2).

On peut joindre à ces observations celles que nous avons faites ci-dessus, numéro 273. Dans le doute, il faut se prononcer pour le propriétaire. D'ailleurs, toute possession qui ne porte pas son véritable caractère, écrit d'une manière éclatante dans les actes destinés à la manifester, est équivoque, et la possession équivoque ne sert pas pour prescrire (3).

Néanmoins, la cour d'Amiens, ayant à juger une espèce semblable à celle dont la cour de Riom avait donné la solution par ses arrêts de 1801 et de 1805, a adopté un sentiment contraire : il lui a semblé que des faits de vaine pâture exercés sur des lais et relais de la mer, appartenant au domaine, et impropres à la culture, étaient attributifs de propriété (4).

389. Dans ces sortes de matières, où il s'agit d'apprécier les faits et l'intention, le jurisconsulte ne peut se prononcer qu'avec réserve; je dirai cependant, tout en restant fidèle à mon principe, que, dans le doute,

(1) Vazeille, p. 65, 66, 67. M. Dalloz, *Prescript.*, p. 250.
(2) *Répert.*, *Vaine pâture*, p. 630.
(3) *Suprà*, nº 359 et suiv.
(4) *Suprà*, nº 273, note, je cite cet arrêt.

est le propriétaire qui doit l'emporter, que je trouve nt sévère l'arrêt de la cour de Riom de 1805. Mes isons sont que le propriétaire du pâquis avait it des actes de contradiction, qu'il s'était opposé la conduite des bestiaux, qu'il avait cherché à intiider ceux qui les gardaient, et que néanmoins les bitans avaient persévéré à faire pacager le terrain ntentieux, et en emporter les herbages et les ncs (1). Certainement il était impossible de voir, une part, une simple tolérance, et, de l'autre, l'abnce de prétention à un droit, dans une possession ui s'exerçait sous l'empire de telles circonstances.

Il faut considérer, en outre, que l'oubli d'une proiété, pendant un espace de temps très-considérable, ır son propriétaire, qui la livre à la possession des rs, est un fait très-grave en faveur de la prescripm. Plus le terrain était de modique valeur et inutile la culture, plus l'on peut facilement supposer que le aître n'a pas tenu à le conserver, et qu'il en a fait andon.

Enfin, nous répéterons ce que nous disions en comentant l'article 2229 (2) : il y a des actes qui d'abord sont que de petite conséquence, et qui, dans les mmencemens, peuvent s'expliquer par la tolérance, ıis qui, quand ils sont réitérés en grand nombre, et ıltipliés pendant une longue suite d'années, changnt de caractère, et sont l'indice que celui qui les a ercés entendait user d'un droit (3). Ne peut-on pas pliquer cette observation aux espèces qui nous ocpent? Lorsque journellement, pendant trente ans et ıs, les habitans d'une commune sont venus couper

(1) *Voy.* M. Dalloz et M. Vazeille, *loc. cit.*
(2) *Suprà*, n° 342. *Infrà*, n° 494.
(3) Dunod, p. 26, et Panormitanus.

les herbes d'un terrain vain et vague, y conduire leurs bestiaux pour les y faire pacager, et utiliser ce terrain exclusivement à leur profit, le sentiment de leur droit parle hautement, et l'on a droit de s'étonner de cette longue patience du propriétaire qui se tient seul à l'écart, qui s'obstine à ne pas posséder quand tout le monde possède à sa place; qui ne veut pas apercevoir et contre-carrer le droit qui s'élève à côté du sien, avec la pensée d'être seul légitime. La patience ne dure pas si long-temps, lorsque l'abus est flagrant, il faut qu'elle cesse : sans cela, ce n'est plus de la tolérance, c'est une véritable abdication. Que parle-t-on de bienfait, de souffrance, d'humanité? Il n'y a *pas* de don sans donataire, de libéralité sans une personne qui consente à accepter; or, si le propriétaire croit encore, malgré tout ce qui aurait dû lui dessiller les yeux, qu'il accorde un bienfait, il est seul à le croire : la réciprocité n'existe pas, et l'on prend la chose à titre de droit, et non à titre de permission.

390. On objectera peut-être que, si la vaine pâture ne saurait, par le plus long temps, se constituer en état de servitude, il doit lui être bien plus difficile encore de conquérir la propriété même. Mais cet argument, quoique spécieux au premier coup-d'œil, est peu de chose quand on veut l'examiner de près. Réclamer la vaine pâture à titre de servitude, c'est reconnaître un propriétaire; et, comme la vaine pâture ne s'exerce que sur des produits délaissés et sans valeur, il y a une présomption naturelle d'après laquelle on suppose invinciblement que le propriétaire a été porté, par un sentiment d'humanité, à ne pas refuser des produits inutiles pour lui. Pourquoi, en effet, s'y serait-il opposé? Sa propriété n'est pas contestée, on la reconnaît, on ne s'attaque pas à elle; on ne lui demande qu'une herbe rare et languissante, qu'il laisse-

vait perdre à cause de son peu de valeur. *Quidni enim alteri commoda invideantur, quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta?* La tolérance est ici manifeste de part et d'autre : du côté du maître, puisqu'il ne donne que ce qui n'a pour lui aucun prix ; du côté du possesseur, puisqu'il déclare respecter la propriété, et ne vouloir en prendre que ce que le propriétaire ne veut pas. Or, c'est le cas d'appliquer cette maxime de la raison et de l'équité : *Actus ultrà intentionem agentium operari non debent*, et l'on doit décider que le droit de vaine pâture n'a été accordé et reçu que pour le cas où il plairait au propriétaire de laisser son terrain en friche, mais qu'il est destiné à cesser lorsque, les circonstances changeant, le maître veut se clore et mettre son bien en culture. *Eò usus concessus usquè quò dominus utatur re suâ* (1).

Mais il n'en est pas de même lorsque c'est avec le sentiment du droit de propriété que le possesseur a joui d'un héritage qui n'est propre qu'à la vaine pâture ; il n'a pas entendu profiter d'un bienfait, puisqu'il ne reconnaît pas de maître ; il a joui d'une chose qu'il croyait à lui par les seuls actes possessoires compatibles avec la nature de cette chose. Vous, qui vous dites le maître de cet héritage, vous avez entretenu son erreur, vous l'avez laissé faire, vous ne vous êtes pas entremis à sa jouissance, vous n'avez rien fait qui l'avertisse de votre droit. Une possession paisible, exclusive, continue, à titre de propriétaire, ne doit-elle pas tout consommer et consolider ?

Cette vérité me paraît évidente, alors surtout qu'il y a des actes accessoires de jouissance qui fortifient la vaine pâture ; lorsqu'on a été dans l'usage de couper

(1) *Voy.* M. Merlin, *Répert.*, *Usage*, p. 359.

des broussailles, de récolter des herbes, d'abreuver les bestiaux, de tirer des pierres d'une carrière, d'émonder des arbres, etc., etc., dans tous ces cas, une très-longue possession, soutenue par l'idée du droit, l'emporte sur des titres de propriété qui sont demeurés cachés et inertes, et qui se sont abdiqués eux-mêmes.

391. Dans les campagnes, les cultivateurs sont dans l'usage de passer sur le champ les uns des autres, pour faire tourner la charrue lorsqu'ils tracent leurs sillons : si l'on attribuait de pareils actes à une autre cause qu'à la tolérance et au bon voisinage, on tomberait dans l'erreur la plus manifeste, et l'on rendrait impossible ces procédés obligeans qui entretiennent la concorde ; ainsi donc, la plus longue possession du tour de charrue n'empêcherait pas le propriétaire de se clore à la limite que lui donnent ses titres. C'est ce qui a été jugé, d'après ce que nous apprend Dunod, par le parlement de Besançon, au rapport de M. Coquelin père, pour les Carmes de cette ville, contre un particulier de Saint-Juan (1).

Remarquez toutefois que, si la possession s'appuyait non pas sur l'usage où l'on a été de contourner l'un sur l'autre, mais sur de véritables actes de propriétaire, comme, par exemple, si l'on avait cultivé et ensemencé le terrain litigieux servant au tour de charrue, la possession serait utile pour prescrire, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus (2).

392. La possession sans titre de servitudes discontinues et de servitudes non apparentes, que le Code civil déclare imprescriptibles, n'est plus aujourd'hui que de simple tolérance. Ainsi, les actes de passage

(1) P. 85.

(2) N° 351 et suiv., sur l'art. 2229.

sur le fonds d'autrui (1), les actes de puisage (2) et autres de même nature ne fondent pas une véritable possession, une possession de nature à être défendue par les actions possessoires.

393. Mais, si l'on en jouit après contradiction, alors commence un errement nouveau. On ne peut plus présumer la tolérance de la part du propriétaire qui a résisté, et une possession suffisante pour prescrire sort de ce choc (3).

394. C'est une grande question que de savoir si la possession d'un droit d'usage dans une forêt, qui ne s'appuie pas sur un titre, est de tolérance, ou si elle a tous les caractères requis pour prescrire.

M. Merlin soutient avec force que tous les droits d'usage quelconques sont autant de servitudes discontinues qui ne peuvent s'acquérir par la simple possession (4). Au contraire, M. Proudhon s'est livré à une discussion très-développée pour combattre cette opinion (5). Suivant lui, la possession est utile pour prescrire : 1° le droit d'usage à la coupe d'un taillis pour chauffage ; 2° le droit de marronnage, pourvu toutefois qu'il soit exercé avec continuité ; 3° le droit au bois mort et mort bois, lorsqu'il est exercé par une commune, et que la jouissance en est publique et continue ; 4° le droit d'usage aux échalas, possédé dans les mêmes circonstances ; 5° le droit d'usage à la coupe des bois destinés à chauffer les fours à chaux ; 6° le droit d'usage à l'extraction de la pierre ou du sable pour construire un édifice, à l'extraction de la marne

(1) Cassat., 13 août 1810 (Sirey, 10, 1, 333).
(2) Cassat., 23 novembre 1808 (Sirey, 9, 1, 35).
(3) Art. 2230, et *suprà*, n° 359. M. Proudhon, t. 8, p. 351, n° 3588.
(4) *Quest. de droit*, v° *Droit d'usage*.
(5) T. 8, p. 277 à 465.

ou de la tourbe, matières précieuses que le propriétaire n'abandonne pas facilement.

Mais il regarde comme imprescriptibles et de pure tolérance : 1° le droit d'usage au pacage ou à la dépaissance des bestiaux, car l'article 688 le range dans la classe des servitudes discontinues, et l'article 691 déclare les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, imprescriptibles; 2° l'usage aux feuilles mortes. Ces deux droits ne blessent pas assez profondément le droit du propriétaire, pour qu'on ne puisse pas les expliquer par la tolérance. Quant aux autres, énumérés ci-dessus, ils sont si graves, ils portent un préjudice si notable au propriétaire, qu'il serait absurde de les attribuer à la tolérance et à la familiarité, lorsque d'ailleurs la possession en est conforme à l'article 2229 du Code civil (1).

Cette question, examinée du point de vue du Code civil, est plus importante pour la théorie que pour la pratique, ou du moins elle ne peut avoir quelque intérêt que pour savoir si la possession annale des droits dont il s'agit peut donner lieu à l'action possessoire; car, du reste, avec la valeur que les forêts ont aujourd'hui acquise, avec le sentiment de jalousie qui préside à leur conservation, il n'est pas à craindre qu'on trouve en France des propriétaires assez peu soigneux pour supporter pendant trente années consécutives l'exercice de prises de bois qui sont, pour cette nature de propriété, un véritable fléau. Le temps de la constitution des droits d'usage est passé pour long-temps; nous ne sommes plus dans ces momens d'enfance de la civilisation où ils ont été créés pour donner une valeur à des propriétés improductives et onéreuses.

---

(1) M. Carré a adopté cette opinion, sans y rien mettre de son propre fonds (*Compét.*, t. 2, p. 316 et suiv.).

Nous assistons plutôt à une époque de réaction contre eux, et l'on ne se défend pas toujours avec assez d'impartialité de préventions injustes contre ces droits, qu'il serait aussi impolitique qu'inique d'arracher aux paisibles habitans de nos campagnes.

395. S'il fallait remonter à l'origine des usages, on les trouverait contemporains de l'établissement de la population rurale sur le territoire désert des campagnes des Gaules conquises par les Francs. Ils ont pris naissance avec elle, ils se sont étendus et multipliés lors de son affranchissement (1). Perdus dans la nuit des temps, consentis à des époques où l'on n'écrivait pas, fondés sur des possessions immémoriales plutôt que sur des titres, il n'en est presque pas qu'on n'eût pu ébranler, lors de la rédaction des coutumes et des Codes forestiers, si on leur eût demandé leurs titres primordiaux de concession, et si on eût fait abstraction des jouissances séculaires qui les attestaient. Alors cependant des intérêts nouveaux feraient attacher plus de prix à la liberté des forêts; des débouchés avaient été ouverts à la consommation des bois; l'industrie avait commencé à prendre un certain essor; elle venait utiliser ces richesses forestières, jusque là sans valeur pour les propriétaires; enfin, une impulsion rivale des droits d'usages élevait ses premières plaintes contre leur extension. Toutefois on les respecta dans leur principe, sinon dans le mode de leur exercice, et l'on admit les usagers à justifier par la possession immémoriale, ou par une possession trentenaire accompagnée du paiement des redevances, les droits si précieux pour le bien-être de la classe agricole, dont la féoda-

(1) Arrêt remarquable de la cour de Nancy du 11 février 1833 (*Journal des arrêts* de cette cour, t. 1, part. 2, p. 63).

lité les avait dotés (1). C'était là le droit commun, attesté par Loisel : « Nul ne peut avoir droit d'usage ou « pâturage en seigneurie ou haute-justice d'autrui « sans titre, ou sans en payer redevance par temps « suffisant pour acquérir prescription, où qu'il y ait « possession immémoriale (2). »

Aujourd'hui les temps sont changés ; les droits d'usage sont devenus presque odieux ; le besoin de la conservation des forêts va même jusqu'à faire prendre en haine ceux qui s'appuient sur des titres sacrés et sur l'antiquité la plus reculée. On ne fait pas attention que si on les enlevait à l'agriculture, on porterait la perturbation dans les campagnes, et qu'on réduirait au désespoir leurs paisibles et laborieux habitans.

Si la faveur s'est transformée en aversion, si les idées se sont complètement modifiées, en est-il de même des principes? C'est ce que nous allons examiner.

396. L'article 636 du Code civil place les droits d'usage dans les forêts dans une classe à part ; il déclare *qu'ils sont régis par des lois particulières*, d'où il suit que les principes ordinaires ne leur sont pas nécessairement applicables, et qu'il y aurait du danger à les

---

(1) Ord. de Lorraine de 1707. Ord. française de 1376, art. 30. Autres, de 1388, 1402 et 1515. Sur quoi Saint-Yon dit : « D'autant qu'une « grande partie des usages sont de si ancienne concession qu'il serait « bien difficile qu'on eût pu perpétuellement conserver le premier titre « originaire de son droit, on n'est point accoutumé de priver l'usager « de l'usage, pourvu qu'il soit fondé en bonne possession et puissance « d'iceluy. » Liv. 1, tit. 29, art. 1, nº 2 (voy. *Confér. des ord.*, liv. 2, t. 13, § 63). A quoi il faut joindre la loi du 28 ventose an 11, art. 1er, et celle du 14 ventose an 12. M. Proudhon, t. 8, p. 34 et suiv.

(2) Liv. 2, tit. 2, nº 23. *Voy.*, en effet, Beaumanoir, ch. 24, p. 123, *in fine ; Cout.* de Chaumont, 102 ; Sens, 146 ; Meaux, 176 ; Châlons, 267 ; Nivernais, t. 17, art. 10 ; Lorraine, tit. 15, art. 24 et 27 ; Catelan, tit. 1, p. 482 ; mais Bourgogne (art. 120), Vitry (art. 199), Troyes (art. 168), rejetaient la possession immémoriale, mais admettaient la jouissance avec paiement de redevance.

leur imposer sans examiner avec scrupule si, par leur nature, ils n'y répugnent pas.

Toutefois, un seul article du Code civil a suffi à M. Merlin pour rejeter les droits d'usage parmi les droits impossibles à établir par prescription : ce sont, dit-il, des servitudes discontinues ; or, les servitudes discontinues ne peuvent, d'après l'article 691, s'acquérir par la simple possession.

M. Proudhon a cru pouvoir relever ici deux erreurs du savant auteur des *Questions de droit* : l'une, dans la qualification donnée aux droits d'usage ; l'autre, dans la prétention de les faire gouverner par l'article 691 du Code civil. Mais, sur le premier point, je me réunis à M. Merlin contre M. Proudhon. Nous verrons plus tard ce qu'il faut penser du second.

397. Est-il vrai que les droits d'usage ne sont pas des servitudes ?

M. Proudhon en fait des droits mixtes, tenant plus de la propriété foncière que de la servitude (1) ; il veut que, dans les mains de l'usager, le droit d'usage soit un immeuble civilement séparé du fonds, et *remplissant pour l'usager* LES FONCTIONS D'UN VÉRITABLE HÉRITAGE (2), *puisqu'il fournit en fruits naturels le produit nécessaire à sa consommation* (3). D'ailleurs, par le cantonnement, il se transforme en droit de propriété (4). De là M. Proudhon conclut que le droit d'usage est susceptible d'une possession véritable (5), comme l'est l'usufruit (6).

Mais, d'abord, pour arriver à ce résultat, M. Prou-

(1 et 2) T. 8, p. 291 et 292.
(3) P. 294.
(4) P. 291.
(5) P. 294.
(6) P. 297.

dhon n'avait pas besoin d'un si grand détour. Par lui-même, un droit de servitude n'est nullement incompatible avec une véritable possession, et je ne vois pas qu'il soit nécessaire de lui trouver des analogies si forcées, soit avec l'usufruit, soit avec la propriété, pour lui rendre applicables les articles 2228 et 2229 du Code civil. Qui doute aujourd'hui qu'un droit de servitude est susceptible de possession? Qui ne sait qu'on possède les droits incorporels aussi bien que les immeubles, dans la jurisprudence française de tous les temps (1)? Ne voit-on pas intenter sans cesse des actions possessoires pour les servitudes que le Code permet d'acquérir par la prescription, ou même pour celles qui, quoique imprescriptibles, sont cependant fondées sur des titres? A quoi sert donc cette longue et pénible argumentation de M. Proudhon, pour faire du droit d'usage quelque chose qui est plus que la servitude, un peu moins que la propriété, et qu'on pourrait appeler du nom nouveau de quasi-usufruit? Si l'on possède une servitude comme un usufruit, comme la propriété, M. Proudhon s'est donné une peine stérile et vaine; car quel était son but? D'établir qu'un droit d'usage est susceptible de possession. Eh bien! qu'il soit servitude, qu'il soit usufruit ou quasi-usufruit, qu'il *remplisse les fonctions d'un héritage* (pour me servir des expressions de M. Proudhon), il n'importe: dans tous ces cas, sous toutes ces formes, on peut *le* posséder, et les articles 2228 et 2229 l'embrassent dans leur portée compréhensive.

Ensuite, comment M. Proudhon soutient-il sa thèse, que les droits d'usage dans les forêts ne sont pas des servitudes? Aucune de ses raisons ne m'a paru convaincante; toutes viennent se briser soit contre les

(1) *Suprà*, n° 247, et art. 2228.

autorités les plus graves, soit contre le plus léger examen.

398. Voyons d'abord les autorités. M. Proudhon est versé dans la connaissance des lois romaines, et il les cite souvent avec bonheur; pourquoi donc a-t-il laissé échapper le texte suivant, si décisif et si précis? Paul y énumère quelques servitudes qui ne sont autre chose que des droits d'usage, et il s'efforce de prouver qu'on ne doit pas les confondre avec l'usufruit, qu'il faut les considérer comme vraies servitudes; car on ne peut les ranger dans aucune autre classe de droits. Écoutons-le parler: *Item* LONGÈ RECEDIT AB USUFRUCTU, *ut calcis coquendæ et lapidis eximendi et arenæ fodiendæ... Item silvæ cæduæ ut pedimenta in vineas non desint. Quid ergo si prædiorum meliorem causam faciunt?* NON EST DUBITANDUM QUIN SERVITUTIS SIT, *et hoc Mœcianus probat* (1). Voilà donc le droit aux échalas, le droit à l'extraction de la pierre ou du sable, placés expressément parmi les servitudes pures; et cependant M. Proudhon les énumère dans la catégorie de ceux qui sont plus que des servitudes (2)!!!

Nous avons ensuite le Code civil, qui vient au secours de la loi romaine. L'article 688 donne au droit de pacage le nom de servitude discontinue. Ulpien avait déjà tenu le même langage (3). Et remarquez que le Code civil n'est pas limitatif; il ajoute: *et autres semblables*; ce qui donne un vaste champ à la classification, et permet d'assimiler au pacage (c'est-à-dire au droit de conduire dans le terrain d'autrui les bêtes aumailles et chevalines) (4), tous les autres droits de pâ-

(1) L. 6, § 1, D. *de Servit. rustic. præd.*

(2) P. 450 et 453, combinées avec les pages 290 et 291.

(3) L. 1, § 1, D. *de Servit. præd. rust. — In rusticis computenda sunt* JUS PASCENDI, *calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

(4) M. Proudhon, p. 466.

turage, tels que panage ou paisson des glands, vive et grasse pâture, etc.

Ainsi, voilà des droits d'usage très-importans : le droit aux échalas, les droits de glandée, de grasse pâture et de pacage, le droit d'extraction de pierres d'une carrière, qualifiés servitudes par l'accord des lois romaines avec le Code civil. Je ne vois pas pourquoi on porterait un autre jugement du droit de couper du bois pour le marronnage ou le chauffage : la similitude est parfaite.

399. Quelle est cependant la considération qui a frappé M. Proudhon (et ici j'aborde ses raisons principales)? C'est que l'usager participant à la jouissance du fonds dont il emporte une partie des fruits, et ayant aussi droit de participer à la propriété par l'action en cantonnement, son droit n'a pas la nature d'une vraie servitude (1).

Mais M. Proudhon est dans l'erreur lorsqu'il croit que la perception des fruits ou de l'émolument de la chose jette dans la nature du droit de servitude un élément qui lui enlève sa pureté. Nous venons de parler du droit d'extraire de la craie ou de la pierre d'une carrière, du droit de couper dans une forêt des échalas, du droit de panage : tous ces droits consistent dans l'enlèvement de produits précieux ; il y a participation à la jouissance du fonds : et cependant, que disent Paul, Ulpien et le Code civil?

Il ne faut pas s'y tromper : une servitude, même discontinue, quelque minime qu'elle soit, est un démembrement de la propriété, formant un droit réel, et appartenant à la classe des droits immobiliers. A entendre cependant M. Proudhon, ces caractères devraient être réservés soit à l'usufruit, soit à ce droit

(1) P. 287, *in fine*.

mixte qu'il appelle droit d'usage, et qu'il veut n'être pas une pure servitude. Il est vrai que M. Proudhon n'enseigne pas expressément une doctrine si contraire aux vrais principes : elle n'est chez lui qu'implicite ; mais elle ressort forcément de l'enchaînement de ses idées ; elle se montre dans ses efforts continuels pour arracher le droit d'usage à la nature des servitudes, et pour lui imprimer la qualité de droit immobilier (1), d'immeuble civil (2), de démembrement de la propriété (3). Or, je le demande, quel serait le but de ces efforts, si M. Proudhon ne refusait pas à une pure servitude d'être tout cela ? — Mais quel est le jurisconsulte qui pourra souscrire à ces distinctions subversives de la nature des servitudes ? qui peut douter qu'une servitude ne soit une portion du domaine de la chose placée dans des mains autres que celles du propriétaire ?

Je conviens, avec M. Proudhon, que le droit d'usage dans les forêts jouit d'un privilége que n'ont pas les autres servitudes : c'est de se convertir en propriété par le cantonnement. Mais le cantonnement n'est qu'une transformation du droit d'usage ; ce droit cesse alors d'exister ; il passe à une condition plus relevée ; le rôle et la position des parties sont intervertis ; il y a novation fondamentale. Mais il n'est pas moins vrai qu'avant cette métamorphose, le droit d'usage n'était qu'une servitude ; qu'à l'état de droit exercé sur le fonds d'autrui, il ne renferme ni plus ni moins d'élémens primordiaux et essentiels que la servitude (4).

(1) P. 292.
(2) P. 293.
(3) P. 293.
(4) Un arrêt de cassation du 5 floréal an 12 (*Palais*, t. 4, p. 400) l'a ainsi décidé.

400. Ceci convenu, arrivons à un point beaucoup plus sérieux. Doit-on appliquer aux droits d'usage, véritables servitudes discontinues, les dispositions de l'article 691 du Code civil?

Ici, je crois que MM. Merlin et Proudhon ont également tort, par l'exagération à laquelle ils se laissent entraîner dans leurs systêmes contraires. Lorsque M. Merlin ne veut pas qu'on s'écarte de l'article 691, il applique à la question un texte qui n'est pas toujours celui de la matière, et je prouverai que cet article ne peut avoir qu'une autorité d'induction, quelquefois applicable, et souvent hors de propos. Quant à M. Proudhon, il tombe dans un excès opposé, en repoussant avec une résistance trop absolue l'article 691; d'ailleurs, plusieurs de ses idées, en matière de possession des usages, nous paraissent inexactes et dangereuses : nous ne pourrons donc acquiescer à toutes les conséquences auxquelles le conduit sa théorie.

401. Occupons-nous de M. Merlin. Beaucoup d'anciennes coutumes ont traité des droits d'usage dans les bois; ces droits, qui, dans une grande partie de la France, avaient appelé la population sur le sol des campagnes, et fait surgir au sein de déserts une féconde génération de cultivateurs laborieux, avaient été formulés dans les statuts locaux, avec soin et étendue. Eh bien! toujours ils sont réglés dans des titres différens du titre des servitudes. Je me contenterai de citer la coutume de Nivernais, qui traite des usages, dans le tome 17, et des servitudes, au titre 8; la coutume de Lorraine, qui s'occupe des premiers, au titre 15, et des seconds, au titre 14; la coutume de Troyes, la coutume d'Orléans, etc., etc. (1), où l'on

(1) Troyes parle des usages au tit. 10, et des servitudes au tit. 4. La cour d'Orléans parle des usages au tit. 5, et des servitudes au tit. 13.

trouve la même séparation ; et cependant les rédacteurs de ces coutumes ne mettaient pas en question que les droits d'usage ne fussent des servitudes, car on lit dans l'article 9 du titre 17 de la coutume de Nivernais : « La jouissance dudit droit de SERVITUDE OU « USAGE, par temps immémorial, *etiam* sans titre ou « paiement de redevances, *équipolle* à titre, et vaut « en possessoire et pétitoire (1). »

Pourquoi donc cette différence ?

C'est que, par les conditions de leur exercice, de leur établissement et de leur surveillance, les droits d'usage sont différens des servitudes ordinaires. C'est qu'ils tiennent, dans la catégorie des servitudes, un rang spécial à cause de leur importance et de la nature des héritages sur lesquels ils s'alimentent ; c'est que, de même que nous trouvons des principes divers entre les servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes, de même il fallait des réglemens à part pour les usages qui, quoique servitudes discontinues, s'exercent à des conditions différentes des autres droits de servitude, à la famille desquels ils appartiennent. C'est également par cette raison que le Code civil a dit dans son article 636 : « L'usage des « bois et forêts est réglé par des lois particulières. »

402. Aussi, voyez quel antagonisme dans les coutumes, entre l'établissement des usages par la possession, et l'établissement des servitudes par le même moyen d'acquérir.

Dans la coutume de Châlons, toutes les servitudes s'acquéraient par la prescription décennale ou vicennale avec titres, ou de trente ans sans titre (2), et cependant le droit d'usage ne pouvait être acquis que par

(1) *Junge* Bouhier, sur Bourgogne, ch. 62, n° 27.

(2) Art. 144.

titre, ou paiement de redevance par trente ans, ou par possession immémoriale (1). La coutume de Meaux rejetait la prescription des servitudes, à moins qu'elle n'ait été précédée de contradiction (2), et néanmoins la possession immémoriale y était admise pour les droits d'usage (3). La coutume de Nivernais admettait la possession immémoriale pour les droits d'usage (4), quoiqu'elle ne l'admît pas pour les servitudes ordinaires (5). Au contraire, la coutume de Bourgogne ne voulait pas qu'on pût avoir *usage au bois et rivière banale d'autrui,* par quelque laps de temps qu'on en ait joui, sans en avoir titre, ou payer redevance, quoique d'ailleurs il fût certain, dans cette coutume, que les autres servitudes s'acquéraient par trente ans de possession : tant il est vrai qu'il n'est pas exact d'argumenter des servitudes ordinaires aux servitudes de droits d'usage dans les bois (6) !!

403. Le même danger existe aujourd'hui ; on va en voir la preuve manifeste.

L'imprescriptibilité des servitudes discontinues ordinaires est fondée sur la présomption de tolérance et de clandestinité dont sont viciés les actes possessoires par lesquels elles s'exercent (7). Ces actes sont souvent occultes, ils ont lieu presque toujours à l'insu du propriétaire qui n'a pas les moyens de les surveiller ; d'ailleurs, ils ne portent pas, ordinairement du moins, une atteinte assez directe à la propriété, pour qu'on ne consente pas à les tolérer.

---

(1) Art. 267.

(2) Art. 75.

(3) Art. 176.

(4) Art. 27 du ch. 62.

(5) *Répert.*, vo *Servitude*, p. 567 et 568.

(6) Lalaure, liv. 2, ch. 6, M. Merlin, *Quest. de droit*, vo *Usage*, p. 602.

(7) *Suprà*, no 392.

En est-il de même des servitudes usagères qui s'exercent sur les bois?

On sait que ces servitudes ne peuvent se réaliser sans délivrance, même dans les bois des particuliers; les articles 119 et 120 du Code forestier en sont la preuve. Les droits de pâturage, parcours, panage et glandée, ne sauraient être exercés que dans les parties de bois déclarées défensables par l'administration forestière, et les chemins par lesquels les bestiaux vont au pâturage doivent être désignés par le propriétaire (1). Aucun usager ne peut se servir lui-même, soit pour son bois de chauffage, soit pour son bois de marronnage, qu'autant que les arbres ont été marqués et les coupes délivrées par l'administration forestière, contradictoirement avec le propriétaire (2).

Or, supposons que l'usager offre de prouver que pendant trente ans le propriétaire a consenti à des délivrances annuelles et continues, soit d'une partie de taillis pour affouage, soit de futaies pour marronnage! Une telle possession n'équivaudra-t-elle pas à une convention? Osera-t-on parler de clandestinité? Supposera-t-on qu'il y a tolérance et familiarité de la part du propriétaire qui aurait consenti à voir priver sa forêt des essences les plus précieuses et des taillis qui en font la richesse? Tolère-t-on par complaisance ces enlèvemens ruineux qui dévorent l'émolument du sol forestier?

Les droits du pâturage exercés avec l'assentiment du maître, et dans les conditions requises par le Code forestier, ne pourraient pas être attribuées davantage à la familiarité. Soit qu'il s'agisse de grasse pâture ou de panage, soit qu'il s'agisse de vaines pâtures, les

(1) Art. 119, C. forest.
(2) Art. 79 et 120, C. forest.

forêts ont trop à souffrir de ces droits dévastateurs, pour que la tolérance les fasse supporter.

Nous disons donc que, dans ces hypothèses, l'article 691 du Code civil est absolument inapplicable, et qu'il ne s'oppose pas à la prescription trentenaire. Il y a ici des circonstances analogues au paiement des redevances exigé par les coutumes; il y a ce qui fait *éviter la clandestinité et remarquer la vraie science* (1).

A la vérité, s'il s'agissait d'une servitude discontinue ordinaire, rien ne remplacerait le titre; on ne pourrait pas s'appuyer sur ce que le propriétaire aurait connu l'exercice du droit de passage; qu'il l'aurait même toléré, par exemple, en prêtant une clef de la porte par laquelle il a eu lieu : cette connaissance, cet acquiescement, ne seraient pas exclusifs de la familiarité. Il en serait de même d'un droit de pâturage exercé partout ailleurs que dans un bois, et l'on ne saurait ébranler par aucune considération les articles 688 et 691 du Code civil, lesquels se refusent à toute limitation arbitraire.

Mais quand le droit d'usage prend son assiette dans une forêt, un autre horizon s'ouvre, et il faut se reporter à l'article 636, qui déclare *que l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières*. Les articles 688 et 691 fléchissent donc; l'importance et la gravité des usages forestiers en rendraient l'application *absurde* (2).

(1) *Voy.* Coquille, sur Nivernais, art. 10 du tit. 17.

(2) Aussi la cour de cassation a-t-elle décidé que, sous l'empire de la coutume de Bourges, qui avait une disposition conforme au Code civ. sur l'imprescriptibilité des servitudes, on avait pu acquérir un droit d'usage par la possession. *Répert.*, v° *Usage*, sect. 1, n° 6. On peut y joindre un arrêt de la cour de cassation du 19 août 1829 (Dall., 29, 1, 341); mais il y a de faux principes énoncés dans ses considérans.

D'ailleurs, quand nous proposons de s'éloigner des articles 688 et 691, nous ne faisons que demander, pour les droits d'usage dans les forêts, le droit commun, qui proclame la prescriptibilité de tous les droits. C'est une exception à l'exception que nous revendiquons pour eux; l'article 636 nous y autorise, et les anomalies qu'il reconnaît dans leur nature ont cela de singulier, qu'elles ramènent aux règles générales.

Nous venons d'expliquer les points sur lesquels nous sommes en dissentiment avec M. Merlin.

404. Faisons connaître maintenant ce que nous avons à reprocher au système de M. Proudhon.

Cet auteur ne se contente pas de rejeter l'article 691 du Code civil, pour le cas où le droit d'usage s'est exercé au moyen de faits de délivrance qui font induire la reconnaissance du droit de la part du propriétaire; il veut encore qu'on se prononce pour la prescription, alors même qu'il n'y a pas de délivrance (1), pourvu que la somme des émolumens soit assez considérable pour rendre l'idée de précaire inadmissible. Mais il y a une réponse aussi simple que tranchante à cette exagération; c'est que la prise de bois dans une forêt, sans délivrance, et l'envoi des bestiaux au pâturage sans les précautions contradictoires, voulues par la loi, sont des délits. Le Code forestier est formel à cet égard; nous avons cité ci-dessus ses dispositions positives (2). Or, comme le dit Coquille en parlant précisément de cette matière (3) : « COUPER, PRENDRE « DU BOIS, c'est délit dont procède l'action du droit « romain, *arborum furtim cæsarum*, et ne serait pas « raison que telle possession crimineuse produisist

(1) P. 318 et 320.
(2) N° 403.
(3) Sur Nivernais, tit. 17, art. 10.

« action et attribuant aucun droit, selon la reigle du « droit canonique, qui dit que les péchez sont plus « griefs ès quels on a plus long-temps continué » (*Cap. Quant. extravag., de Consuetud.*) (1).

Il est vrai que M. Proudhon, qui a écrit avant la promulgation du Code forestier soutient que jamais les usagers dans les forêts privées n'ont été légalement astreints à prendre délivrance; d'où il suit que, dans on système, le Code forestier aurait introduit une innovation.

Mais à cette assertion plusieurs réponses se présentent.

1° Un décret du 17 nivose an 13 avait statué que le pâturage dans les bois des particuliers ne pourrait être exercé que dans les cantons déclarés défensables par les agens forestiers. Toute jouissance contraire à cette disposition n'a donc été qu'un délit punissable, une voie de fait qui ne peut se transformer en possession légitime.

2° Plusieurs coutumes voulaient que les usagers ne pussent se servir de leurs propres mains; telles sont celles de Lorraine (2), de Nivernais (3) et de Sédan (4). La coutume de Lorraine porte : « Usa- « gers ayant droit de prendre *bois de marronnage* « pour leurs bâtimens, ou *pour leurs affouages ou* « *fournages*, doivent user de ce droit en bon père de « famille, *et le prendre par assignat, selon le régle-* « *ment* qui leur en sera donné par le seigneur haut- « justicier entre ses sujets, ou le seigneur foncier en- « tre ceux qui tiennent droit en usage de lui par as- « sentiment.

(1) M. Merlin développe aussi cette idée, *Quest. de droit*, § 9.

(2) Art. 17, tit. 15.

(3) Tit. 17, art. 13.

(4) Tit. 15, art. 306.

« Article 18. Il fera le réglement tel, que l'usager « usera de bois mort, ou mort bois, avant tous au- « tres.

« Article 20. Et se doit régler tellement que l'usa- « ger ne le prenne indistinctement partout, ains par « lizière, *qui se marqueront...*

« Article 21. Lequel réglement s'observera sem- « blablement à *usage des bois taillis.*

« Article 22. Il y a aussi réglement au bois de mar- « ronnage, sçavoir, que celui qui a droit d'en pren- « dre pour bâtir n'en pourra couper et abattre qu'il « ne lui soit marqué et assigné. »

Nous lisons dans la coutume de Nivernais : « Usa- « giers ayant droit de prendre bois à bastir, ne lè « peuvent prendre sans soi adresser au seigneur fon- « cier, son forestier ou commis, pour venir marquer « et délivrer au lieu moins dommageable dudit bois « usager.... et si lesdits usagiers prennent bois à bas- « tir autrement, ils sont amendables envers le sei- « gneur foncier. »

Sur quoi Coquille a écrit ces observations : « Ce ré- « glement de prendre marque ne peut être prescrit « et quelquefois, tenant les assises du baillage d « Thianges, *j'ai déclaré non-recevables les posses-* « *sions des usagiers,* par lesquelles ils disaient avoir « joui par temps immémorial sans marque ; car telle « possession emporterait droit de propriété en bois de « haute futaye, et la qualité d'usagier qu'ils avaient et « confessaient résistait à telle possession et prescrip- « tion ; car la première cause et commencement de « la possession qui était en qualité d'usagier reiglait « toute la suite de leur jouissance. »

Il est vrai que la coutume de Nivernais ne parle que du marronnage; mais Coquille nous apprend ce qui suit : « On allègue un arrêt notable pour le réglement des

« usagiers qui ont ample et plein usage, par lequel ils « doivent prendre le bois par marque et montrée, « couper et enlever à tire-haire, clore le bois coupé, « et laisser en chacun arpent huit baliveaux. Ce fut « entre le seigneur et les habitans de Saint-Mars, du « 1er février 1535, au rapport de M. Berruyer, con- « seiller (1). »

Imbert (2) enseigne que les arrêts du Parlement et de la Table de marbre de Paris défendaient, dans leur immense ressort, à ceux qui avaient droit d'usage dans les forêts, soit pour chauffage, soit pour construction, de prendre le bois qui leur était nécessaire, sans marque et assignat, et sans le concours du forestier.

Et c'est ce que confirment Filleau (3), Saint-Yon (4), avec la plus grande précision, en se prévalant de plusieurs arrêts du seizième siècle (5).

Une semblable jurisprudence existait en Bourgogne (6) et en Champagne (7). Laissons parler Legrand:

« Il y a plusieurs arrêts qui ont défendu aux usagers « des forêts de couper bois et arbres qu'auparavant ils « n'eussent sommé les gardes d'icelles de leur montrer « un certain lieu à eux commode pour y couper le « bois..... en sorte que, quand bien même aucuns des « usagers auraient autrement usé par un temps im- « mémorial, ils ne pourraient avoir acquis aucune « prescription de cette mauvaise jouissance. Ce qui est « suivi par Carondas, sur le Code Henri, liv. 16, tit. 18,

(1) Sur l'art. 12, tit. 17.

(2) *Enchiridium juris Galliæ*, v° *Usus rei.*

(3) *Recueil général des édits*, part. 2, t. 8, ch. 3.

(4) *Recueil de réglemens des eaux et forêts*, liv. 3, t. 23, art. 51.

(5) Ces arrêts sont des 23 mars 1561, — 14 et 19 février 1542, — 1549, — 1551, — 1552.

(6) Bouvot, v° *Usage*, t. 2, quest. 2, p. 1196. Bouhier, ch. 62, arrêt du 11 août 1610.

(7) Legrand, sur l'art. 168, glose 2, n° 24.

« *des Eaux et Forêts*, art. 1; Chopin, lib. 3, *de Dom.*
« *Coron.*, cap. 17; Coquille, Papon, Saint-Yon, Chenu
« en ses réglemens, t. 19, chap. 109 et suiv. (1). »

Plus tard fut promulguée la fameuse ordonnance de 1669. Elle exige que les usagers dans les forêts de l'État se fassent délivrer les cantons de bois où ils pourront introduire leurs bestiaux et leurs porcs, sous peine de confiscation (2), et cette disposition est de plein droit applicable aux forêts privées, d'après l'art. 5 du tit. 26, et l'art. 28 du tit. 32 (3). Partout l'ordonnance suppose la nécessité de la délivrance (4), même pour le bois mort et le mort bois (5). C'est d'ailleurs ce qui avait été prescrit par l'ordonnance de François Ier de janvier 1529, et l'édit de Henri III du mois de janvier 1583 (6); et l'on sait qu'il était dans l'esprit et dans le texte de l'ordonnance de 1669 d'étendre aux bois particuliers tous les réglemens relatifs aux forêts royales. — Aussi a-t-on vu depuis une foule d'arrêts de réglement qui ont imposé aux usagers l'obligation de prendre délivrance conformément à cette ordonnance de 1669, qu'ils citent comme l'autorité vivante sur la matière (7). La cour de cassation a jugé, par un arrêt soigneusement motivé du 24 août 1820 (8), que l'usager est punissable et amendable lorsqu'il se permet de se servir par ses mains, sans avoir demandé délivrance au propriétaire.

Il suit de là que le Code forestier n'a fait que for-

---

(1) *Loc. cit.*
(2) Art. 1 et 3, tit. 19.
(3) M. Merlin, *Quest. de droit*, p. 608, v° *Usage*. *Répert.*, même mot.
(4) Art. 5 et 7, tit. 20.
(5) Art. 23, tit. 5; art. 33, tit. 27.
(6) *Répert.* et *Quest. de droit*, *loc. cit.*
(7) *Voyez-les* au *Répert.* et aux *Quest. de droit*, *loc. cit.*
(8) Dall., *Forêts*, p. 766.

muler plus énergiquement des règles existantes longtemps avant lui, et M. Proudhon est peut-être le seul qui ait songé à les contester (1).

405. Mais supposons pour un moment, contre la doctrine des auteurs, les dispositions des coutumes et les ordonnances de nos rois, que l'usager reconnu pour tel qui aurait coupé sans délivrance eût pu, avant le Code forestier, échapper aux poursuites correctionnelles dirigées contre lui, en disant : *Feci, sed jurè feci* : qu'importe après tout ce point de droit? Je conçois jusqu'à un certain point qu'on se laisse désarmer par suite de la faveur que mérite celui qui, investi d'un droit sacré et non contesté, le dépasse dans la manière de l'exercer. Mais, pensons-y bien, dans la question qui nous occupe, le droit d'usage est nié; il ne repose pas sur des titres : on invoque seulement la possession comme signe du droit; on se prévaut de la coupe du taillis et des futaies, ou autres actes de jouissance, pour passer du connu à l'inconnu, pour arriver du fait au droit. Or, si le fait n'est qu'un délit répété pendant trente ans, pourra-t-il servir de fondement à quelque chose de légitime? Non, sans doute. Eh bien! couper dans un bois sans permission, y introduire des bestiaux sans délivrance, est un méfait que la loi réprime sévèrement; c'est un délit punissable quand il est isolé : combien n'est-il pas plus condamnable encore par son obstination et sa longue récidive? Or, c'est là la possession dont M. Proudhon voudrait faire sortir un droit de propriété!!!

406. M. Proudhon n'a fait qu'une seule objection qui me paraisse spécieuse : la voici.

Tous les auteurs ont écrit que le droit d'usage devient prescriptible par trente ans *a die contradictionis*,

(1) *Voy.* sa longue dissertation, t. 8, p. 74 à 257.

c'est-à-dire du jour où l'usager a continué à couper nonobstant la défense qui lui en aurait été signifiée par le propriétaire de la forêt. Or, il n'y a rien de plus exclusif de la délivrance préalable que l'opposition ou la contradiction du propriétaire : donc il est constant, en fait, que la délivrance n'est pas une condition nécessaire de la légitimité de la possession (1).

Mais, en y réfléchissant, cette objection se réfute avec facilité.

Lorsque le propriétaire contredisait ou *refusait* la délivrance, l'usager le sommait en justice ou par-devant notaire, et, huit jours après, il pouvait *user de son usage franchement et sans péril d'amende :* telles étaient les dispositions de la coutume de Nivernais (2), et elles formaient le droit commun (3). Pocquet dit expressément (4) : « Les coutumes établissent que l'usa-
« ger ne peut prendre bois sans s'adresser au sei-
« gneur foncier, qui, selon différentes coutumes, a
« un terme plus ou moins long pour accorder, *après*
« *lequel l'usager a été autorisé, par plusieurs déci-*
« *sions, à user de son droit.* »

Eh bien ! si, dans le cas d'une telle contradiction, les usagers continuent pendant trente ans à se servir par eux-mêmes et à jouir après les réquisitions voulues par les réglemens, ils acquerront la prescription. Telle est évidemment l'espèce prévue par les auteurs, et la seule où leurs principes sur la contradiction puissent se réaliser. Au surplus, si leur doctrine avait plus de portée, il faudrait n'en tenir aucun compte : ce serait de leur part un oubli ou une méprise.

---

(1) Tit. 8, p. 103.

(2) Tit. 17, art. 14.

(3) Imbert, *loc. suprà cit.* Legrand, *loc. suprà cit.* Denizart, v° *Usage.*

(4) *Lois forestières*, t. 1, p. 533.

407. Il est deux autres points secondaires sur lesquels je crois devoir me séparer encore de M. Proudhon.

1° Cet auteur, entraîné par la lettre de l'article 688 du Code civil, combiné avec l'article 691, ne croit pas que le droit de pacage dans les forêts puisse s'acquérir par la prescription; mais l'article 636 revient ici pour démontrer que ces deux dispositions ne doivent s'entendre que des droits de pacage qui s'exercent hors des forêts.

Pour expliquer la contradiction que cette exception place dans sa doctrine, M. Proudhon dit : « L'exercice « du pacage dans les bois déclarés défensables se tolère, parce qu'il ne porte que sur quelques herbes, « dont l'enlèvement est compensé par l'engrais que « les bestiaux laissent sur le fonds, en sorte que le propriétaire n'aurait pas d'intérêt réel à l'empêcher, *si « les animaux introduits dans la forêt étaient toujours bien gardés, si cette introduction ne devait jamais être l'occasion de débats d'un autre genre*. Il « n'en est pas de même de l'usage à la coupe du bois, « parce que les objets sur lesquels il porte sont toujours par eux-mêmes d'une valeur importante (1). »

Mais, comment M. Proudhon peut-il supposer qu'il y a un seul propriétaire qui, aujourd'hui, avec le soin jaloux qui préside à la conservation des forêts, consente par tolérance à livrer les parties défensables de son bois à la pâture des bestiaux? Qui ne sait que ces sortes de droits sont de tous les fléaux les plus redoutables pour la conservation des essences forestières, sans cesse menacées par la dent meurtrière des animaux et par les délits de tous genres qui accompagnent leur exercice?

(1) T. 8, p. 458.

2° M. Proudhon croit que le droit d'usage à l'extraction de la pierre ou du sable pour la construction d'un édifice, est prescriptible par trente ans (1). Mais ici ne se retrouve plus l'article 636, dont la disposition a été le point de départ de notre argumentation : nous nous retrouvons en présence des articles 688 et 691, qui ne sont susceptibles d'aucune limitation, et l'on ne peut considérer l'opinion de M. Proudhon que comme l'effet d'une interprétation indocile aux prescriptions de la loi (2).

408. Au surplus, avant de terminer sur la matière de la prescriptibilité des droits d'usage, je dirai qu'il y a un de ces droits qui, à moins qu'il ne soit concédé à perpétuité par des titres exprès, me paraît par sa nature être essentiellement précaire : c'est le droit d'affectation, dont le but a été de procurer à des établissemens industriels le moyen de surmonter les premières difficultés qui s'opposaient à leur création, mais non pas de leur servir de dotation irrévocable, lorsque surtout ils seraient en possession de leur plein développement (3). Il est donc difficile de trouver une pensée de perpétuité dans la permission donnée par un propriétaire de bois à une usine, d'alimenter son chauffage par une affectation. Par leur nature, les affectations n'ont été qu'un secours provisoire accordé à l'industrie, et il faut des preuves bien certaines pour les regarder comme irrévocables : c'est en quoi le droit d'affectation diffère des droits d'usage proprement dits (4).

---

(1) P. 454.

(2) Mais la propriété d'une carrière peut s'acquérir par prescription (Dall., 32, 1, 91), pourvu que la possession soit publique. *Voy.*, en effet, l'argument qu'on peut tirer du n° 390, *suprà*.

(3) Arrêt de Nancy du 11 février 1833 (*Recueil* des arrêts de cette cour, t. 1, 2e partie, p. 62).

(4) Telle est la jurisprudence de la cour de Nancy. *Voy.* d'ailleurs l'arrêt précité, et le recueil de M. Baudrillard, v° *Affectation*.

409. Il y a une sorte d'occupation qui est imposée par la force majeure, et qui, sans pouvoir être positivement classée parmi les possessions de pure faculté ou de tolérance, est aussi impuissante que celles-ci pour l'acquisition de la prescription; on peut citer pour exemple le cas où les eaux d'un étang viennent, dans les crues extraordinaires, se répandre sur le terrain voisin, et le couvrir pendant un temps plus ou moins long. Cette extension des eaux de l'étang, cet envahissement opéré par elles, ne procurent aucune possession à leur propriétaire (1), c'est le maître du champ inondé qui reste vrai et unique possesseur (2).

De la force majeure à la force employée par l'homme il n'y a souvent qu'un pas. Ceci nous conduit *donc* à nous occuper de la possession violente et de ses effets; c'est ce qui fera l'objet du commentaire de l'article suivant.

Article 2233.

Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription.

La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé.

SOMMAIRE.

410. Liaison. Insuffisance d'une possession viciée par la violence.
411. Définition de la possession violente. Exemple donné par Ulpien.
412. Il y a violence lorsqu'on chasse les représentans du possesseur et qu'on se substitue à eux.

---

(1) Art. 558, C. civ.

(2) M. Pardessus, *Servit.*, p. 493. Arrêt de cassation du 28 avril 1811 (Sirey, 1811, 1, 312). Voy. *suprà*, n° 345.

13. Il n'est pas nécessaire que celui qui a été chassé soit propriétaire; il suffit qu'il soit possesseur.

14. On est possesseur violent non-seulement lorsqu'on exerce la violence par soi-même, mais encore lorsqu'on l'exerce par un mandataire.

15. Ou bien lorsqu'on approuve et ratifie les actes de violence faits par celui qui a expulsé le possesseur.

16. Des actes constitutifs de la violence.

Il ne faut pas confondre la *violence* avec la *voie de fait*. Une possession *délictueuse* n'est pas toujours une possession violente. Il peut y avoir délit sans y avoir violence. Mais la possession délictueuse est aussi impuissante que la possession violente pour acquérir la prescription.

17. De la possession prise en vertu d'un titre extorqué par violence. Elle n'est pas violente.

18. Il n'y a de possession violente que celle qui a été saisie par la violence à son origine. La violence survenue *ex post facto* ne rend pas la possession violente.

19. Lorsque la violence a présidé à l'origine de la possession, cette possession peut devenir bonne pour prescrire dès l'instant que la violence a cessé. Abandon par le Code civil des principes du droit romain, et d'une opinion de Pothier.

La question de savoir quand la violence a cessé dépend des circonstances.

20. Réfutation de l'opinion de M. Delvincourt, qui a mal compris l'article 2233.

COMMENTAIRE.

410. Notre article déclare que les actes de violence e peuvent fonder une possession capable d'opérer la rescription ; dans la possession comme dans les conats, la force ne doit pas s'entremettre dans les raports des individus ; elle vicie ceux auxquels elle donne omentanément naissance (1).

411. La possession violente est celle qui, par la force, dépouillé l'ancien possesseur.

On peut posséder violemment un meuble ou un imeuble.

(1) Dunod, p. 29.

On possède un meuble avec violence lorsqu'on l'a ravi par la force à celui qui le détenait.

On possède violemment un héritage lorsqu'on a chassé par violence l'ancien possesseur.

Ulpien examine la question suivante : « Pendant que je m'étais absenté pour aller au marché public, un tiers s'est introduit dans mon domicile, où il n'a rencontré personne ; peu de jours après je suis revenu, et il m'a empêché de rentrer chez moi. Possède-t-il violemment ou clandestinement ? » Ulpien se prononce pour la violence : *Vi magis intelligi possidere, non clàm* (1).

La raison de cette décision est que le possesseur, étant sorti de son héritage, en conservait la possession par la volonté qu'il avait d'y rentrer. Ce n'est que lorsque la force l'a empêché d'y rentrer qu'il a été dépouillé, et, comme la violence a été employée pour obtenir ce résultat, la possession de celui qui a pris sa place est violente (2).

412. Je possède violemment non-seulement lorsque je dépouille l'ancien possesseur, mais encore lorsque j'expulse ceux qui tenaient la chose pour lui : *His dejectis, ipse de possessione dejici videtur* (3).

413. Pour qu'il y ait possession violente, il n'est pas nécessaire que celui qu'on a dépouillé soit propriétaire; il suffit qu'il fût possesseur : *Fulcinius dicebat vi possideri, quotiès vel non dominus, quum tamen possideret, vi dejectus est* (4).

414. Je possède violemment lorsque j'exerce moi-même les actes de violence, ou lorsque je les fais exer-

(1) L. 6, § 1, D. *de Acq. possess.*
(2) Pothier, *de la Possession*, nº 20.
(3) L. 1, § 22, *de Vi et Vi armatâ.*
(4) L. 8, D. *de Tit.*

cer par d'autres qui agissent par mon ordre et en mon nom : *Dejicit et qui mandat* (1).

415. Ma possession est également violente lorsque, sans avoir donné des ordres pour expulser le possesseur, je m'associe aux actes de violence qui ont amené son expulsion, en les approuvant et les ratifiant (2).

416. Pour qu'il y ait violence, il n'est pas nécessaire que l'on ait employé des armes et un attroupement, ou qu'il y ait eu des blessures et du sang répandu (3) : des coups, et même des menaces capables de faire impression sur un esprit raisonnable, constituent la violence, lorsque ces moyens ont dépouillé le possesseur malgré lui et sans aucun consentement de sa part (4).

Mais on ne doit pas confondre la violence avec les simples voies de fait, qui n'impliquent aucune idée d'emploi de la force et de la menace, et d'une résistance ou d'un combat. Quand je me mets en possession d'un immeuble, sans lutte entre le propriétaire et moi; quand je m'immisce de mon chef dans la jouissance de la chose sans trouver d'obstacles, je commets une voie de fait, puisque je donne satisfaction à mes prétentions sans recourir à la justice; mais il n'y a pas la violence; je n'ai commis aucun attentat contre les personnes; ce n'est pas la force qui m'a mis en possession. On a vu ci-dessus, au numéro 212, que c'est ce que la cour de cassation a décidé par arrêt du 20 août 1822.

---

(1) L. 152, D. *de Reg. juris. Junge* l. 1, § 12, D. *de Vi et Vi armatâ.*

(2) L. 152, § 2, *de Reg. juris.* L. 1, § 14, D. *de Vi et Vi armatâ.*

(3) *Cæsar dixit : « Tu vim putas esse solùm si homines vulnerantur? »* (L. 7, *de Vi privatâ.*)

(4) Art. 1111 et 1112, C. civ. Pothier, *Possession*, n° 24. Cicéron, *Oraison pour Cécina*, n°s 7, 8, 14, 15, 16, etc.

On ne doit pas non plus considérer comme faits de violence ceux qui, quoique délictueux en eux-mêmes, ne s'adressent qu'à la chose et point à la personne. Ainsi, par exemple, l'usager qui se servirait par ses propres mains, sans délivrance préalable, commettrait un délit; mais ce ne serait pas une violence dans le sens de la loi. Du reste, on comprend aisément que la possession délictueuse est tout aussi impuissante pour acquérir la prescription que la possession violente (1).

417. Si j'avais fait consentir le possesseur à me faire un abandon de sa chose, quoique j'eusse employé la violence et les menaces pour extorquer de lui ce consentement, la possession de la chose que j'aurais acquise par cet abandon serait une possession injuste, mais elle ne serait pas une possession violente; on ne pourrait pas dire que celui qui a fait l'abandon de la chose en a été dépouillé. *Non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere* (2). Pothier approuve cette décision (3); Dunod est aussi de cet avis: il range la violence pour extorquer le contrat dans la classe des vices personnels de la possession, et non dans la classe des vices réels auxquels appartiennent les possessions violentes (4). On ne peut se dissimuler, en effet, qu'une telle possession est fondée en titre; seulement le titre est rescindable.

418. Si, ayant acquis sans violence la possession d'une chose, j'ai employé la force contre celui qui est venu m'y troubler, ma possession n'est pas pour cela une possession violente. *Qui per vim possessionem suam*

(1) *Suprà*, n° 404, ce que dit Coquille de la *possession crimineuse*.
(2) L. 5, D. *de Vi et Vi armatâ*.
(3) *Loc. cit.*, n° 25.
(4) P. 29. *Junge* M. Vazeille, n° 64.

RETINUERIT, *Labeo ait vi non possidere* (1). Car il n'y a de possession violente que celle qui est acquise par violence (2); mais la violence n'est pas toujours défendue pour conserver un droit légitimement acquis.

419. Tant que la possession est violente, elle ne fonde aucun droit : rien de légitime ne peut naître d'un fait contre lequel la loi proteste constamment; mais, aussitôt qu'elle cesse, le vice est purgé, et une possession utile prend naissance.

Dans le droit romain, l'usucapion des choses volées était défendue par la loi des Douze-Tables et par la loi Atinia; celle des immeubles possédés par force, par les lois Julia et Plautia (3). Cette prohibition s'étendait non-seulement au voleur et au ravisseur, qui par leur mauvaise foi étaient frappés d'incapacité pour usucaper, mais encore à tous les possesseurs de bonne foi, à qui la chose volée ou possédée par force était successivement transférée (4). Pour que la chose devînt susceptible d'usucapion, il fallait qu'elle rentrât dans la main de son propriétaire ou du possesseur dépouillé : *Violenter enim possessione amissâ, priùs quàm in domini potestatem perveniat, usucapio emptori (etsi bonâ fide mercatus est), non competit* (5).

Ces principes ne sont pas suivis dans notre droit; aussitôt que la violence cesse, la chose devient susceptible de prescription. Notre article 2233 consacre

---

(1) L. 1, § 28, D. *de Vi et Vi armatâ.*

(2) Pothier, nº 26. Voy. *suprà*, nºs 264, 336, 418.

(3) Caïus, *Inst.*, 2, nº 45. Julianus, l. 33, D. *de Usurpat.* Venulejus, ult., D. *de Vi bonor. cap.*

(4) *Inst.*, *de Usucap.* Caïus, *Inst.*, 2, nºs 49 et 50. M. Ducaurroy *Inst. expliq.*, t. 1, p. 375, nºs 467 et suiv. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 135 et 138. D'Argentré, art. 265, vº *Saisy*, art. 3, nº 3.

(5) Gordien, l. 5, C. *de Usucap. pro emptore.*

cette ancienne dérogation aux lois romaines (1), que Pothier n'avait pas aperçue (2).

Supposons, par exemple, que je chasse de sa maison un propriétaire, et que je m'y installe en maître. Aussitôt après ma conquête je dépose les armes, et je jouis sans aucun appareil de force. L'individu expulsé pouvait agir contre moi en réintégrande ; la violence avait cessé ; rien ne s'opposait à ce qu'il se fît ressaisir par les voies légales ; mais, au lieu de cela, il garde le silence, et me laisse acquérir la possession annale. Ma possession, illégale dans le commencement, devient une possession véritable à compter du moment où la violence a cessé ; ayant duré un an, paisible, publique, non précaire, elle pourra se défendre par la complainte, même contre celui que j'ai dépouillé, sans qu'il puisse exciper de sa propriété. Il y a plus, si elle se prolonge pendant trente ans, elle me conduit à la prescription de la propriété même, quoique je n'eusse ni titre ni bonne foi (3).

Au reste, la question de savoir quand la violence a cessé est une question de fait, que les juges décideront d'après les circonstances. Il est certain que le vice de violence, qui ne s'est manifesté que par un seul acte de dépossession, est purgé par une possession annale. Au bout de l'année, l'ancien possesseur est déchu de ses actions possessoires, et sa prescription est interrompue (4).

420. Quelque évidentes que soient ces vérités, elles n'ont cependant pas été saisies par M. Delvincourt,

(1) M. Bigot, *Motifs*. Fenet, p. 582.

(2) Voy. *infrà*, n° 547, son opinion.

(3) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Triage*. Supplément, p. 459, col. 1. *Infrà*, n°s 527 et 547.

(4) Art. 2243, C. civ., et 23, C. de proc. civ.

qui, troublé par le souvenir des lois romaines, a échoué complètement dans l'interprétation de l'article 2233.

« S'il s'agit d'un immeuble (se demande cet auteur); « *quand peut-on dire que la violence a cessé?* Comme « c'est le principe de la possession qu'il faut considé« rer pour déterminer son caractère, de là il suit que « la possession, une fois acquise par violence, conti« nue d'avoir le même caractère, quand *même elle de« viendrait paisible et tranquille par la suite.* Ce prin« cipe est consacré d'abord par les articles 2229 « et 2231, qui prouvent qu'en matière de possession, « c'est toujours le commencement qu'il faut considé« rer; et, en second lieu, par l'article 2233, portant « que les actes de violence ne peuvent *fonder* une pos« session capable d'opérer la prescription. Il suffit « donc que la possession soit *fondée* sur un acte de « violence, pour qu'elle ne puisse servir de base à la « prescription : *Semel inter initia facta perseverat.* « Il me semble, d'après cela, qu'il faut entendre la « cessation de la violence, du cas où celui qui a acquis « la possession violente a acquis une nouvelle posses« sion du même objet, à un nouveau titre. *Nec ob« stat* le second alinéa de l'article 2233, qui porte « que la possession utile commence lorsque la vio« lence a cessé; car il y est dit : *la possession utile.* « Or, il résulte des lois précitées, et de l'article 2233, « *in principio*, que la possession fondée sur un acte « de violence, c'est-à-dire qui a commencé par la vio« lence, ne peut être utile pour la prescription. Donc « il faut entendre le dernier alinéa du cas où celui « qui prescrit l'objet en a acquis la possession à un « nouveau titre; *ou plutôt*, je pense que cet alinéa « n'a eu d'autre motif que d'abroger le principe du « droit romain, d'après lequel le vice de la violence « ne pouvait être purgé que par le retour de la chose

« dans la main du propriétaire ; tandis que, dans le « droit actuel, il suffit que le titre de la possession « ait été interverti, soit par le propriétaire, soit par « un tiers, pour que la chose devienne prescriptible. « A la vérité, *les motifs* paraissent dire le contraire ; « mais, encore une fois, comment déterminer autre- « ment l'époque à laquelle la possession cesse d'être « *fondée* sur la violence (1)? »

J'ai cité tout au long ce passage, parce qu'il offre un exemple de la facilité avec laquelle les meilleurs esprits peuvent quelquefois obscurcir par des illusions les vérités les plus manifestes.

M. Delvincourt convient que l'orateur du Gouvernement a exposé une théorie contraire à la sienne ; et voici, en effet, ce que disait M. Bigot au Corps-Législatif : « Sans doute, celui qui est dépouillé par violence « n'entend pas se dessaisir, et si, *lorsqu'il cesse d'é-* « *prouver cette violence*, il laisse l'usurpateur possé- « der paisiblement, ce dernier n'a encore qu'une pos- « session de mauvaise foi ; mais cette possession peut « alors réunir toutes les conditions exigées pour opé- « rer l'espèce de prescription contre laquelle l'excep- « tion de mauvaise foi ne peut pas être opposée... « Ces motifs ont empêché de donner aux actes de vio- « lence sur lesquels la possession serait fondée d'au- « tre effet que celui d'être un obstacle à la prescrip- « tion, tant que cette violence dure (2). »

Cette explication de l'article 2233 est si claire et si satisfaisante, qu'il n'y a rien à ajouter, et il faudrait avoir des préjugés bien enracinés, pour répéter en sa présence, et surtout à côté de l'article 2233, si transparent dans sa rédaction, que la violence ne se

(1) T. 2, p. 628, notes.
(2) Fenet, t. 15, p. 582.

purge que par interversion, et qu'autrement elle est indélébile. Je sais bien que Pothier enseignait tout cela avant le Code civil (1); mais M. Delvincourt aurait mieux fait d'en croire l'article 2233 que Pothier. S'il avait voulu y réfléchir un instant, il aurait vu que ce problême, qui le tourmente tant, est le plus simple de tous; que la possession cesse d'être violente *quand elle devient paisible et tranquille*, comme il le dit lui-même; que, dès cet instant, son origine est effacée, et qu'elle prend son fondement dans les actes nouveaux exercés depuis la cessation de la violence; actes qui ne se lient pas aux anciens, mais qui s'en détachent, au contraire, et cherchent à se légitimer en déposant les armes.

ARTICLE 2234.

Le possesseur actuel qui prouve avoir anciennement possédé, est présumé avoir possédé dans des temps intermédiaires, sauf la preuve contraire.

SOMMAIRE.

421. Liaison. Présomption posée par l'article 2234. Nécessité où se trouve quelquefois le législateur d'entrer dans le domaine des présomptions, pour venir au secours de la pratique.

422. La présomption posée par l'article 2234 n'est pas absolue. Elle cède à la preuve contraire. Circonstances nécessaires pour établir la discontinuité de la possession.

423. La possession ancienne ne fait pas supposer la possession présente. Erreur des anciens auteurs conjecturaux. Esprit judicieux du président Favre.

424. La possession nouvelle fait-elle supposer l'ancienne? Distinction proposée.

425. Lorsque la possession actuelle est accompagnée d'un titre, elle fait présumer la possession ancienne.

(1) *Infrà*, n° 527.

426. Mais, si l'on possède sans titre, il y a du danger à argumenter de la possession présente à la possession ancienne.

427. Lorsque la possession actuelle est accompagnée de vestiges anciens, il faut se prononcer pour la continuité. Renvoi et exemples.

COMMENTAIRE.

421. Les articles 2230 et 2231 nous ont montré des présomptions établies par la loi pour décider si la possession est ou non à titre de propriétaire. L'article 2234, abordant une autre condition de la possession, donne une présomption qui touche à sa continuité. Il est emprunté à la doctrine des anciens auteurs : « Si l'on prouve, dit Dunod, que l'on a possédé « au commencement et à la fin, il est hors de doute « que l'on est présumé avoir possédé pendant le temps « intermédiaire, suivant la règle qui dit : *Probatis* « *extremis, præsumuntur media* (1). » Cette maxime, donnée par les auteurs conjecturaux, se vérifie presque toujours en matière de possession ; le Code l'a érigée en loi. Des codificateurs scrupuleux lui en feront peut-être un reproche, en disant que la loi ne devrait consacrer que des principes, et jamais des présomptions ; mais il est des cas où le législateur peut, sans inconvénient, sortir de la région élevée où l'on voudrait l'emprisonner; il faut aussi tenir quelque compte des besoins de la pratique, et prévenir, autant que cela est possible, les écarts de l'interprétation. Du reste, on remarquera que le chapitre que nous analysons abonde en présomptions : sur huit articles qu'il contient, trois sont exclusivement destinés (2) à des dispositions de ce genre, et l'on ne s'est pas aperçu

(1) P. 18.
(2) Art. 2230, 2231 et 2234.

jusqu'à ce jour qu'aucune d'elles ait fourni des moyens de trahir la vérité.

422. La présomption dont nous nous occupons ici doit être conférée avec ce que nous avons dit, aux numéros 337 et suivans, sur la continuité de la possession. Elle n'est pas absolue, elle peut céder à la preuve contraire; mais cette preuve incombe à celui qui attaque la possession : il doit articuler des actes d'interruption; il doit justifier que la possession a manqué de continuité, et l'on sent qu'il échouerait dans sa prétention s'il se bornait à soutenir le fait négatif d'une pure abstention de la part du possesseur; car la possession se conserve *animo*, comme nous l'avons enseigné (1). Il est donc nécessaire qu'il prouve non-seulement un repos du possesseur, mais encore le fait actif d'un tiers qui serait venu s'entremettre dans sa jouissance et s'en attribuer les profits (2).

423. Les auteurs conjecturaux ne s'arrêtaient pas à la présomption de jouissance intermédiaire, lorsque la possession était prouvée à ses deux points extrêmes. Voici, par exemple, une de leurs questions. La possession ancienne étant prouvée, est-on censé possesseur au moment actuel? Oui, répondaient en majorité les docteurs : *Olim possessor, hodiè possessor præsumitur, et ex possessione de præterito arguitur possessio de præsenti et medii temporis, nisi contrarium probetur* (3). C'est de la loi 15, au Code, que les interprètes avaient tiré cette autre règle. On peut consulter le traité d'Alciat, *de Præsumptionibus* (4), inséré dans la collection intitulée *Tractatus tractatuum*. Cette conjecture était

(1) *Suprà*, nos 337 et suiv.
(2) M. Vazeille, no 35, t. 1, p. 36.
(3) Dunod, p. 18.
(4) *Reg.* 2, *Præsumpt.* 22.

d'ailleurs conforme au brocard rapporté par Azon : *De præterito ad præsens præsumptio inducitur* (1).

Toutefois, le Code ne la répète pas, et, quoique ce silence ne soit pas une raison suffisante pour la proscrire, je pense, avec MM. Malleville (2) et Vazeille (3), qu'elle est beaucoup trop douteuse pour qu'on puisse l'admettre avec la même confiance que la précédente. La possession actuelle ne doit pas, en général, se prouver par des conjectures : elle est un fait présent et patent, dont les élémens de justification sont sous la main, et qui doit ressortir de circonstances palpables, faciles à démontrer. Les présomptions ne seraient ici qu'un moyen de faire céder la vérité à la fiction, et de dispenser celui qui allègue la prescription de prouver une possession continue et non équivoque pendant le temps requis par la loi. Aussi le président Favre, ce jurisconsulte si judicieux quand il parle dans son Code, a-t-il dit : *Ex possessione quidem præteritâ et præsenti præsumitur media;* SED EX PRÆTERITA NON PRÆSUMITUR NEC PROBATUR PRÆSENS AUT CONTRA (4). On pourrait même soutenir, avec beaucoup plus de vraisemblance, que l'existence de la possession ancienne, sans être accompagnée de la preuve de la possession actuelle, ne prouve qu'une chose, c'est qu'on a perdu la possession par un acte contraire. C'est pourquoi le président Favre ajoute (5) : *Ex possessione præteritâ non probatur dominium, sed potiùs probatur amissa possessio per actum contrarium subsecutum.*

Je conçois que, lorsqu'il s'agit d'une qualité de la possession, on explique l'adage : *De præterito ad præ-*

(1) Azonis *Brocardica*, p. 466, rubrica 34.
(2) Sur l'art. 2234.
(3) N° 36, t. 1.
(4) Cod., lib. 7, t. 7, def. 23.
(5) *Loc. cit.*

sens præsumptio inducitur : ici le brocard d'Azon devient tout-à-fait rationnel, et les articles 2230 et 2231, qui jugent du caractère de la possession par son origine, n'en sont que la conséquence ; mais il en est autrement quand il s'agit de la possession même et du fait contesté de son prolongement. La raison indique ces différences, et la jurisprudence moderne les approuve. On peut consulter deux arrêts de la cour de cassation, des 6 février et 3 avril 1833, qui ont décidé que la possession actuelle ne se suppose pas par cela seul qu'il y a eu possession ancienne. Ces deux arrêts cassent un arrêt de la cour de Limoges et un arrêt de la cour de Montpellier : leur autorité est donc imposante, et la raison y applaudit (1).

424. La possession nouvelle fait-elle supposer la possession ancienne ?

L'article 2234 ne s'occupe pas de ce cas, pas plus que du précédent, et l'on pourrait, au premier aperçu, conclure qu'il n'a pas entendu en tenir compte. Cependant, réfléchissons que nous sommes ici dans le vaste champ des présomptions, et que le Code n'a pu avoir la prétention de formuler toutes celles que suggèrent la logique et la force des choses. L'article 1353 autorise le juge à admettre toutes celles qui sont graves, précises et concordantes ; il n'y a donc aucune fin de non-recevoir contre notre question.

Pour la résoudre, nous ferons une distinction dont nous trouvons la trace dans le projet de Code civil préparé, en l'an 8, par la commission du Gouvernement, lequel contenait un article ainsi conçu (2) : « La « possession actuelle ne fait point présumer l'ancienne,

(1) Dall., 33, 1, 170.
(2) *De la Possession*, art. 16. Fenet, t. 2, p. 405.

« *excepté* (1) que le possesseur n'ait un titre; auquel « cas il est présumé avoir possédé depuis la date de « son titre, si le contraire n'est prouvé. » Arrêtons-nous un instant sur cette idée.

425. Si l'on possède actuellement, avec un titre relatif à cette possession, on est censé avoir possédé depuis ce titre (2). C'est le cas d'appliquer le brocard d'Azon : *Præsumptio de præsenti ad præteritum inducitur* (3). Le titre est une explication de la possession; il lui imprime son caractère, et c'est par lui qu'on juge de sa qualité; par contre, il est naturel de conclure qu'il n'a pas été oisif, et que la possession actuelle se lie à une possession précédente, qui l'a mis continuellement en action. Cette présomption a une telle force, et elle est si peu mise en doute dans la pratique des tribunaux, que l'on voit presque toutes les prescriptions décennales se juger d'après les pièces, et sans enquêtes préalables sur les faits de possession. Le possesseur a son titre; il jouit *animo domini;* il jouit actuellement : il n'en faut pas davantage; il y a présomption qu'il a toujours possédé, sans discontinuation, depuis la naissance du titre. C'est à celui qui conteste la prescription à contester aussi la continuité de la possession, et à prouver l'interruption (4). Ainsi donc, quoique l'article projeté en l'an 8 n'ait pas trouvé place dans le Code civil, il n'en est pas moins approuvé par la raison, et, à ce titre, il vaut une loi promulguée.

426. Mais, si l'on possède sans titre, on ne peut sans danger se prévaloir de l'induction *de præsenti ad præteritum*. Celui qui allègue la prescription a en effet

(1) Locution vicieuse usitée dans le midi.
(2) Dunod, p. 19. M. Merlin, *Prescript.*, p. 511.
(3) P. 466. *Suprà*, n° 423.
(4) *Voy.*, au surplus, ce que j'ai dit ci-dessus, n° 251.

pour but de détruire un droit de propriété contraire à ses prétentions, de faire crouler un titre ou une possession antérieure. Comment ce titre a-t-il cessé de se réaliser? comment cette possession antérieure a-t-elle été tout-à-coup remplacée par une possession contraire? à qu'elle époque précise s'est opérée cette révolution? est-elle ancienne? est-elle récente? a-t-elle subsisté pendant le temps voulu par la loi pour devenir légitime? A toutes ces difficultés le possesseur actuel ne saurait catégoriquement répondre par le fait de sa jouissance présente ; il faut qu'il remonte plus haut; sans quoi, il y aura doute, et ce doute se résoudra contre lui par cette grande et invariable règle, que les possessions équivoques sont impuissantes pour prescrire (1).

C'est ce que n'avaient pas bien compris les cours de Caen (2) et de Rouen (3), qui, dans leurs observations sur le projet de Code civil présenté en l'an 8 par le Gouvernement, crurent que l'article cité au numéro précédent devait être retranché comme renversant la règle que le possesseur annal est présumé propriétaire, *et par conséquent possesseur ancien*; mais ces scrupules étaient sans fondement. Quand le défendeur se prévaut de l'exception de prescription, c'est qu'il a à lutter contre un demandeur qui justifie sa prétention par un titre ou de toute autre manière; sans quoi, il n'aurait pas besoin de parler de prescription, il lui suffirait de dire : *Possideo quia possideo*. On suppose donc que la demande va triompher, parce que celui qui revendique la chose a fait crouler, par la production

(1) Dunod, p. 16. M. Merlin, *loc. cit.* Menochius, *de Presumpt.*, l. 6, cap. 65.

(2) Fenet, t. 3, p. 459 et 460.

(3) Fenet, t. 5, p. 548.

de titres suffisans, la présomption de propriété provisoire qui s'attache à la possession annale. On suppose que le droit du demandeur, prouvé et mis en lumière, ne peut être paralysé que par l'exception de prescription ; or, il est facile de voir que, dans cette hypothèse, ce n'est pas avec une possession présente qu'on démontre l'existence ancienne de la possession destinée à prévaloir sur le titre produit *ex adverso*. On n'enlève pas à un titre de propriété sa puissance et son énergie par des conjectures vagues et équivoques. Le projet du Gouvernement ne voulait pas dire autre chose, et, pris en ce sens, qui est le seul admissible, il résiste à toutes les critiques; c'est pourquoi nous nous attachons fermement à l'idée qu'il proclamait.

427. Lorsqu'on possède actuellement sans titre, et que la possession antérieure se signale par des vestiges de nature à en attester l'existence antique, la doctrine émise au numéro précédent n'est plus applicable ; on rentre plutôt sous l'empire des principes rappelés au numéro 425.

Supposons, par exemple, qu'avant le Code civil, et sous l'empire d'une coutume qui permettait l'acquisition d'un droit de chemin par la prescription, un particulier établisse qu'il a passé pendant vingt-cinq ans, antérieurement au dernier trouble, et que les témoins fussent d'accord pour dire qu'à cette époque reculée, il y avait déjà un chemin frayé, battu, empierré, de telle sorte qu'il ressemblait à une voie publique, et que ce chemin servait exclusivement pour le maître de la servitude, et nullement pour le propriétaire du fonds servant : il est clair que, dans de telles circonstances, l'existence de ce chemin ferait supposer des actes de fréquentation antérieurs aux vingt-cinq ans (1).

(1) *Suprà*, n° 343.

et que la présomption serait tout entière pour celui qui allègue la prescription. C'est ce que la cour de Nancy a pensé dans l'affaire Viallet, dont je parlais au numéro 338; du moins, cette opinion ressort implicitement de son arrêt. Les vestiges de chemin, étant plus anciens que l'acte de possession le plus reculé atteint par la preuve vocale, deviennent par eux-mêmes des témoins muets d'une possession préexistante, plus certaine encore que celle qui résulte d'une enquête (1).

Article 2235.

Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son AUTEUR, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux (2).

SOMMAIRE.

428. On peut compléter sa possession par celle de son auteur. Sens étendu du mot *auteur* dans cette matière.

429. *Des successeurs universels*. Héritiers, légataires universels succession vacante.

430. Mais la jonction des possessions ne s'opère qu'autant qu'il n'y a pas d'interruption. L'abstention momentanée d'un héritier ne forme pas une lacune.

431. *Des successeurs particuliers*. La jonction des possessions n'est pas fondée ici sur l'identité de personne.
Origine de cette jonction.

432. Conditions nécessaires pour qu'elle ait lieu. 1° Il faut que la possession dont on prétend s'appuyer soit bonne pour prescrire, et, de plus, que la possession actuelle qu'on prétend compléter soit exempte de vice. Sévérité romaine rejetée.

433. 2° Il faut que les deux possessions soient contiguës.

(1) *Suprà*, nos 343 et 345.
(2) Cet article est pris presque mot pour mot à Dunod, p. 19, *in fine*.

434. 3° Il faut que les deux possessions soient uniformes quant à l'objet possédé.

435. 4° Il faut une relation juridique entre le possesseur actuel et le précédent possesseur.

436. Différence entre les successeurs universels et les successeurs particuliers, en matière d'accession de possession. Les premiers doivent subir la possession de leur auteur; les seconds peuvent la répudier, et commencer pour leur propre compte une possession nouvelle.

437. Toutefois d'anciens auteurs faisaient sur ce dernier point une distinction. Classification proposée par eux des vices de la possession en vices réels, quasi-réels et personnels.

438. Ils veulent que les vices réels, tels que vol, violence, précaire, passent au successeur particulier de bonne foi.

439. *Quid* des vices quasi-réels?

440. *Quid* des vices personnels?

441. Toutes ces distinctions sont contraires à la raison et ne peuvent s'expliquer.

442. Toutefois Dunod s'efforce de les perpétuer. Son autorité est suspecte; et il faut lui préférer celle de d'Argentré, qui rejette ces divisions.

443. Application des règles énoncées aux nos 431 et suivans. — A l'acheteur. — Au donataire. — Au légataire.

444. Le légataire profite de la possession de l'héritier qui a détenu la chose avant la délivrance.

445. Le vendeur qui reprend la chose parce que la vente est résolue pour vice rédhibitoire profite de la possession de l'acheteur, quoique, dans le sens rigoureux et strict, l'acheteur ne soit pas son auteur. Mais, dans cette matière, il est auteur.

446. Ceci doit s'appliquer aussi à tous les cas où le vendeur rentre dans la chose par suite d'une résolution de la vente.

447. L'acheteur sur expropriation forcée profite de la possession du saisi, quoique, à vrai dire, ce ne soit pas le saisi qui vende.

448. Le possesseur expulsé qui se fait réintégrer dans l'an et jour profite de la possession de l'usurpateur.

Quid lorsque celui qui a été expulsé obtient sa réintégration après l'an et jour et par le pétitoire? Cette question divise les esprits.

449. Explication de la loi 13, § 9, D. *de Acq. possess.* D'après Cujas, elle est toute favorable à l'accession de la possession.

450. Objection contre cette solution par Voët et autres auteurs.

51. Mais il faut se prononcer de préférence pour la loi romaine telle qu'elle a été interprétée par Cujas, d'après l'imposante autorité des *Basiliques*. Arrêt de Bruxelles conforme à cette opinion.

52. Réponse aux objections de M. Merlin.

53. Lorsque le propriétaire triomphe sur la revendication et obtient la restitution des fruits, il ne cesse pas un instant de posséder.

54. L'article 2243 n'est un argument qu'autant que le jugement qui prononce sur le litige ordonne la remise de la chose sans restitution des fruits.

55. Conclusion sur la position de la question et sur les principes qui servent à la résoudre.

56. Réfutation d'un arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 1832 et du rapport de M. de Broé, qui l'a précédé, desquels il résulte que l'accession ne doit pas s'opérer. Exposé du fait.

57. Mauvais motifs donnés par les premiers juges et approuvés par la cour de Besançon.

58. Suite.

59. M. de Broé a relevé, dans son rapport, plusieurs erreurs de la cour royale; mais il n'est pas resté lui-même exempt de reproches : d'abord, il n'a pas aperçu l'autorité des *Basiliques*.

60. Il croit à tort que la loi romaine est en opposition avec les principes de tous les temps sur l'interruption de la possession.

61. Celui qui perçoit les fruits sans interruption est le vrai possesseur. Méprise de M. de Broé, qui le considère comme possesseur fictif.

62. Exemples qui prouvent qu'un adversaire profite souvent de la possession de celui qu'il a vaincu.

63. Un fait d'interruption peut être rétracté. Preuves et exemples. C'est ce qui a lieu dans l'espèce.

64. Dissentiment avec M. de Broé, qui pense que la loi romaine doit être restreinte au cas de prescription décennale, et qu'elle n'a pas trait à la prescription trentenaire.

65. Au surplus, il devient de jour en jour plus difficile de fonder une cassation sur le texte d'une loi romaine; mais la cour de cassation s'est exagéré les difficultés et les controverses sur la loi en question.

66. Si l'usurpateur transige avec le propriétaire et lui rend les fruits, ce dernier profitera de la possession. Dissentiment avec M. Merlin.

467. La possession de l'héritier putatif compte-t-elle à l'héritier réel qui l'évince? Résolution affirmative et faux aperçus de d'Argentré.

COMMENTAIRE.

428. Lorsqu'une chose change de mains, les possessions diverses qu'en ont eu les différens maîtres se lient les unes aux autres, et forment une chaîne non interrompue. Cette théorie, consacrée par l'article que nous commentons, émane du droit romain ; elle y fut introduite par équité (*solâ æquitate*) (1), et contre la subtilité du droit ancien, qui, armé d'interprétations toujours rigoureuses, ne concevait pas que des possessions diverses par les personnes fussent assimilées à une possession continue et identique. A l'époque de la jurisprudence classique, on la trouve écrite dans des lois nombreuses (2). Ainsi donc, celui qui se prévaut de la prescription peut compléter sa possession en y joignant celle de son auteur.

On appelle auteur, en matière de prescription, celui dont on tient la chose à quelque titre que ce soit, soit par l'effet d'une disposition de dernière volonté, soit par contrat, soit par suite de quelque rapport juridique : Auctor *autem dicitur*, dit Pothier (3), *is a quo rem acceperis, vel ex ultimâ illius voluntate, vel ex aliquo negotio quod cum illo habueris*. On appelle successeur ou ayant-cause celui à qui la chose est transmise (4). Les Romains employaient surtout le mot AUCTOR pour désigner le vendeur (5) ; mais, ici

---

(1) Scœvola, l. 14, D. *de divers. Prescript. Voy.* Connanus, sur ce texte, p. 206, n° 5.

(2) *Id.*, l. 14, § 1, D. *id.* Ulpien, l. 13, § 1, D. *de Acq. possess.*

(3) Pothier, *Pand.*, t. 3, tit. *de Verbor. signif.*, v° *Auctor*, et surtout p. 142, n° 144.

(4) Mon Comm. *des Hypoth.*, t. 2, p. 305 et 308, note 4.

(5) Pothier, *loc. cit.*

ce mot a une portée bien plus grande, comme nous allons le voir.

Il y a des successeurs universels et des successeurs particuliers. Examinons séparément ce qui concerne ces deux classes d'ayant-cause.

429. Les successeurs universels représentent celui dont ils tiennent la place d'une manière tellement complète, qu'ils ne forment avec lui qu'une seule et même personne : tels sont les héritiers, les légataires universels, la succession vacante (1). A vrai dire, ils ne commencent pas une possession nouvelle; ils continuent la possession de leur auteur ; ils la prennent de ses mains et la conservent avec les mêmes conditions et les mêmes qualités, de telle sorte que, si elle était vicieuse chez le défunt, elle se soutient vicieuse chez l'héritier (2); réciproquement, si elle était juste et de bonne foi chez le premier, elle se prolonge sur la tête du second, légale et pure de tout vice, quand bien même le possesseur viendrait à connaître que la chose appartient à autrui (3).

Dans le droit antejustinien, lorsqu'il s'agissait de l'usucapion des choses mobilières, la possession de l'auteur de bonne foi était interrompue par la mauvaise foi de son successeur universel, et ce n'était que dans l'usucapion des choses immobilières que la possession se continuait intacte de l'auteur au successeur, malgré la mauvaise foi de celui-ci. Justinien fit disparaître cette différence; il voulut, dans un cas comme dans l'autre, qu'il n'y eût pas discontinuation : *Tem-*

(1) *Suprà*, n° 266. Paul, l. 31. D. *de Usurpat.*

(2) *Quum quis*, dit Ulpien, *utitur adminiculo ex personâ auctoris uti debet cum suâ causâ suisque vitiis* (l. 13, § 1, *de Acq. possess.*).

(3) *Inst.*, *de Usucap*, § 12. Paul, l. 2, § 19, D. *Pro emptore*. Papin, l. 11, D. *de Diversis temp. præscript.* Jav., l. 22, D. *de Usurp.* Ulp., 59, D. *de Reg. juris*. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 141, nos 38 et 39.

pora continuentur (1). Du reste, ce point, purement historique, a été l'objet de controverses nombreuses parmi les interprètes. Nous avons exposé ici l'opinion qui nous a paru la plus vraisemblable.

430. Pour que la possession du défunt se confonde avec celle de l'héritier, il faut qu'il n'y ait pas eu d'interruption civile ou naturelle : *Possessio testatoris ità hæredi procedit, si medio tempore à nullo possessa est* (2). En effet, si, depuis sa mort, aucun autre que son héritier n'a possédé la chose, la possession se prolonge de plein droit, quand même la succession n'aurait pas été appréhendée sur-le-champ ; cela est surtout évident dans notre jurisprudence française où nous suivons la règle ancienne : « Le mort saisit le vif (3). »

431. Les successeurs particuliers, soit à titre onéreux, soit à titre lucratif, peuvent aussi joindre à leur possession celle de leur auteur. Ici, on ne peut pas dire qu'il y ait une continuation de possession fondée sur l'identité de la personne ; car l'ayant-cause ne représente pas la personne de son auteur, il ne succède pas à ses obligations. L'auteur et le successeur peuvent avoir

---

(1) *Inst.*, *de Usucap.*, § 12. Ecoutons le commentaire de Janus à Costa sur ce § : « *Sciendum est hoc olim in usucapione rei immobilis* « *receptum fuisse, ut bonâ fide possessio cœpta a defuncto, non* « *interrumpatur malâ fide successoris, vel ut Papinianus loquitur* « *in lege* 43, D. *de Usucap.*, *ut continuatio non impediatur hæredis* « *scientiâ, quod et Paulus ait locum habere generaliter in omnibus* « *successoribus qui vicem hæredum obtinent* (L. 2, § *Si defunctus*, « D. *Pro emptore*); *et hæc scientia in re immobili sine ullâ dubi-* « *tatione admissa fuit, etiam in præscriptione longi temporis*; SED « ADMITTI NON POTUIT IN RE MOBILI. *Scientia enim successoris et* « *superveniens mala fides interrumpit usucapionem* (l. *Quum hæres*, « D. *de Diversis tempor. præscript.*). *Quia rei mobilis furtum facit* « *qui sciens alienam rem retinet, ex sententiâ veterum* (L. ult., C *Undè vi*), *etc.*, *etc.* » M. Ducaurroy adopte cette opinion, contestée par Vinnius (*Inst. expliq.*, t. 1, p. 388).

(2) Javolenus, l. 20, D. *de Usurpat.*

(3) *Suprà*, nº 265. Pothier, *Prescript.*, nº 125.

e condition tellement différente, que souvent la possion de l'un et de l'autre ne se lie pas. Il y a donc leux possessions distinctes, qui, dans certains cas, : la faculté de s'unir pour accomplir le temps voulu ır la prescription. INTER *venditorem et emptoe conjungi tempora divi Severus et Antoninus resoserunt* (1).

On n'est pas d'accord sur l'époque à laquelle a été déitivement arrêté, dans le droit romain, le systême près lequel la possession du successeur particulier u s'adjoindre celle de son auteur. Quelques-uns, à la desquels il faut placer Cujas (2), ont soutenu que la stitution de Sévère ne devait se référer qu'à la presotion prétorienne, et non à l'usucapion, et que c'était tinien qui l'avait étendue à l'usucapion. Mais on peut oser à ce sentiment, que Théophile, qui fut trèsbablement l'un des rédacteurs des *Institutes*, supe dans son commentaire que la constitution de Sée embrassait l'usucapion; et cette opinion, si grave, fortifie d'un texte de Paul (3). Ce serait donc sous empereur que l'accession de la possession entre unnt-cause et son auteur à titre singulier serait deve une règle de l'usucapion. Cette règle, si équitable, oujours été fondamentale dans le droit français, et re article la consacre avec raison.

32. Mais voyons quelles conditions sont nécessaires ır que le successeur particulier puisse joindre à sa session celle du précédent possesseur.

l faut : 1° que la possession dont on prétend s'aper soit une possession bonne pour prescrire. *Nec*

) *Inst.*, § 13, *de Usucap.*

) Notes sur les *Inst.*, au tit. *de Usucap.*

) L. 2, § 20, D, *Pro emptore.*

vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere, NEC VITIOSA EI QUÆ VITIOSA NON EST (1).

Ainsi, elle ne doit être ni violente, ni clandestine, ni précaire. *Quum quis utitur adminiculo ex personâ auctoris, uti debet cum suâ causâ suisque vitiis. Denique addimus in accessione* DE VI, ET CLAM ET PRECARIO VENDITORIS (2).

Cette règle était appliquée, dans le droit romain, avec la plus grande sévérité à l'égard de l'usucapion. Ainsi, si parmi plusieurs ayant-cause successifs il s'en trouvait un qui était de mauvaise foi, il rompait la chaîne de la possession, et celui qui venait après lui devait commencer une prescription nouvelle; par exemple, *Primus* vend à *Secundus*, *Secundus* à *Tertius*, *Tertius* à *Quartus*, *Quartus* à *Quintus*: si tous sont de bonne foi, *Quintus* profitera de la possession de ses quatre prédécesseurs; mais supposez que *Tertius* soit de mauvaise foi, *Quintus* ne pourra se prévaloir que de la possession de *Quartus*: celles de *Primus* et de *Secundus*, quoique de bonne foi, lui seront inutiles, parce qu'elles sont séparées de la sienne par celle de *Tertius*, qui est de mauvaise foi et qui rompt la continuité. — *Neque dubium*, dit Voët, *quin et plurium successorum particularium possessio rectè jungatur, si modò nullus intermedius in malâ fide fuerit. Hinc, si primus secundo rem vendiderit et tradiderit, secundus tertio, tertius quarto, quartus quinto, et omnes si bonâ fide fuerint, quintus hic non modò quarti, sed et tertii et secundi et primi accessione utetur. At si tertium in malâ fide concipias fuisse, reliquos omnes in bonâ fide, quinto solo quarti possessio proderit; non item tertii, aut eorum qui tertium antecesserunt* (3).

(1) Ulp., l. 13, § 13, D. *de Acq. possess.*
(2) Ulp., l. 13, § 1, D. *de Acq. possess.*
(3) *De Usucap.*, n° 16.

Et cependant dans le droit romain, comme sous le
Code civil, on décidait qu'il suffisait que la bonne foi
eût existé au commencement de la possession (article 2269); mais on restreignait cette règle au cas où l'on
possédait soi-même sans discontinuité et sans s'aider de
la possession d'un prédécesseur. Il en était autrement
dans les accessions de possession, et ce qui eût été légitime dans le cas où l'on aurait possédé soi-même,
était jugé plus sévèrement quand on voulait profiter
de la possession d'un autre.

Il ne faut pas s'étonner dès lors de cette décision
donnée par Ulpien (1) :

J'affranchis un esclave, en me réservant la propriété
de son pécule ; mais cet esclave retient un effet qui en
faisait partie, et le possède clandestinement; quelque
temps après je reprends de ses mains la possession de
l'objet en question (*retractâ possessione*) : pourrai-je
faire servir pour la prescription le temps pendant lequel l'affranchi a possédé? Non, répond le jurisconsulte, car sa possession a été clandestine (2).

Il est vrai qu'en thèse ordinaire, on pourrait objecter
que cette clandestinité étant relative à moi seul, le tiers
contre qui j'entends prescrire ne pourrait pas s'en faire
un moyen de critique (3) ; mais il s'agit ici d'accession
de possession, et, dans les principes du droit romain,
il faut que la possession dont on veut profiter ait une
bonté absolue.

Quoi qu'il en soit, je doute que ces décisions soient
admissibles dans le droit français. Dès le moment
qu'on succède à une personne, même à titre singulier,

---

(1) L. 13, § 8, D. *de Acq. possess.*
(2) *Voy.* Cujas, *Récit. solenn.* sur cette loi. *Infrà*, n° 466.
(3) *Suprà*, n° 371.

on doit pouvoir se servir de sa possession toutes les fois que le vice qu'on peut lui reprocher n'empêche pas la prescription d'après les règles générales. Ainsi, dans l'exemple donné par Voët, je ne comprends pas pourquoi la mauvaise foi d'un possesseur intermédiaire empêcherait la jonction des possessions de bonne foi qui ont précédé; car il suffit que la bonne foi ait existé au commencement, et la mauvaise foi survenue plus tard ne vicie pas la possession. Qu'importe donc que l'un des possesseurs soit de mauvaise foi, si sa possession n'est pas celle qui ouvre le temps de la prescription (1)?

Du reste, si la prescription dont on se prévaut est la prescription trentenaire, on ne s'inquiétera pas de la bonne foi : la possession dont on fait l'adjonction à la sienne sera valable si elle réunit les conditions voulues par l'article 2229.

Par réciprocité, il faut que la possession actuelle qu'on prétend compléter soit une possession exempte de vice : on en a vu tout à l'heure la décision portée par Ulpien, dans la loi 13, § 1.

Ici se retrouvait la sévérité romaine dans l'accession de la possession.

Par exemple, vous commencez à prescrire avec titre et bonne foi un objet dont vous n'êtes pas propriétaire; vous me vendez ensuite cette chose : si je suis de mauvaise foi, connaissant que la chose était à autrui, ma possession ne pourra se fortifier de la vôtre; votre juste possession ne s'adjoindra pas à la mienne, qui est de mauvaise foi. C'est la décision de Paul. *Si eam rem quam pro emptore usucapiebas scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu* (2). Il est inutile de dire qu'elle n'était applicable qu'au cas de

(1) *Voy.* la fin de ce numéro.

(2) L. 2, § 19, D. *Pro emptore*,

prescription décennale et vicennale, où la bonne foi était nécessaire chez les Romains comme chez nous.

Voici donc quelle était l'anomalie de ce système. Si vous aviez continué à posséder, et que vous eussiez connu le droit d'autrui, vous auriez pu prescrire par dix et vingt ans, à cause de votre bonne foi originaire; mais moi, qui vous représente et à qui vous transmettez vos droits, je ne pourrai pas prescrire, parce que ma possession n'est pas de bonne foi, quoiqu'elle ne soit qu'une continuation de la vôtre, qui est pure de tout vice.

Et, en cela, le successeur à titre singulier différait, suivant les principes du droit romain, du successeur universel, lequel, quoiqu'il eût connaissance que la chose n'appartenait pas au défunt, pouvait, en continuant de la posséder, l'acquérir par la prescription (1). Les interprètes ont cherché à donner une bonne raison de cette différence; ils ont dit que la possession de l'héritier n'est pas une possession nouvelle; que c'est comme si le défunt eût continué à posséder, et que l'identité du successeur et du testateur empêche que la survenance de mauvaise foi ne soit à considérer; tandis que, dans le cas de successeur à titre singulier, il y a deux possessions qui, toutes deux, doivent être pures pour s'appliquer l'une sur l'autre. Mais cette explication me paraît ne rien expliquer, et j'avoue ne pas en comprendre le mérite. Quand la loi autorise la conjonction des possessions, elle entend que, liées ensemble, elles ne feront qu'un tout indivisible, tout aussi bien que si la même personne eût possédé sans interruption. Eh bien ! c'est ce tout qu'il faut juger dans son ensemble, et non en le fractionnant; or, si l'on trouve

(1) L. 2, § 19, D. *Pro emptore*. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 143, n° 47, note 6.

la bonne foi à son origine, n'est-il pas indifférent qu'une des possessions ultérieures soit empreinte de mauvaise foi ; n'est-ce pas par le commencement qu'on juge de la légitimité de la possession pour prescrire? Je pense donc que, sous le Code civil, il n'y a aucune différence à faire à cet égard entre les successeurs universels et particuliers, et que la survenance de mauvaise foi ne nuit pas plus aux uns qu'aux autres (1).

Cette opinion vient, du reste, d'être soutenue sans contradiction devant la cour royale de Nancy, dans l'espèce suivante. La princesse de Poix possédait un bien provenant d'une concession du domaine de l'État; croyant à tort qu'elle était propriétaire incommutable de cet immeuble, elle le vendit à un tiers de bonne foi, qui commença à prescrire par dix ans avec titre. Plus tard, la princesse de Poix ayant acheté par un contrat nouveau le bien dont il s'agit, prétendit rattacher sa possession à celle de son vendeur, et continuer la prescription dont l'origine reposait sur la tête de ce dernier. Tout le monde fut d'accord pour penser qu'elle le pouvait, d'après les articles 2235 et 2269 combinés (2).

433. 2° Il faut que les deux possessions soient contiguës, c'est-à-dire qu'elles soient juxta-posées sans interruption civile ou naturelle (3).

Nous avons vu au numéro 430 une règle semblable donnée pour le successeur universel ; voici un exemple proposé par Ulpien, pour le successeur particu-

---

(1) *Junge* M. Dalloz ; *Prescript.*, p. 251, n° 25. M. Vazeille, n° 496, t. 2. Voy. *Infrà*, nos 937 et 938. *Contrà*, M. Delvincourt, t. 2, p. 658, notes.

(2) Voy. *infrà*, n° 911, la confirmation de ceci, avec une hypothèse qu'il ne faut pas confondre avec le cas dont je viens de parler.

(3) D'Argentré, sur Bretagne, art. 272, glose, *ou autres*, n° 6, p. 1263. Ulp., L. 13, § *Quæsitum*, D. *de Acq. possess.*

ier (1). J'emprunte le commentaire de Cujas, adopté par Pothier; le texte d'Ulpien est très-difficile à comprendre, à cause de son laconisme exagéré.

Je possède de bonne foi un esclave appartenant à Titius, et cet esclave achète une chose dont il prend possession en mon nom; plus tard, je découvre que cet esclave n'est pas à moi, et Titius le reprend avec la chose qu'il a acquise : Titius ne pourra pas profiter de ma possession. Quelle en est la raison? C'est qu'il n'y a d'accession de possession possible qu'autant que les possessions s'enchaînent et descendent d'une personne à l'autre par une suite non interrompue. *Non est accessio*, dit Cujas, *nisi possessionem serie et nexu quodam quasi copulatæ et colligatæ inter se commeent ab unâ personâ ad aliam, ab uno ad alium*, NULLA EXTRINSECUS ACCIDENTE CAUSA, QUAM CONTINUATA SERIE. Or, il y a ici une cause étrangère; Titius ne tient pas sa possession de moi, il la tient de la loi qui veut que l'esclave acquière pour son maître : je me trouve comme obstacle, comme rompant le lien.

Au surplus, il est inutile d'ajouter qu'une possession simplement vide, comme dans le cas d'une hérédité jacente, n'est pas une possession discontinue (2).

434. 3° Il faut que les deux possessions soient uniformes quant à l'objet possédé; car, si l'auteur n'avait possédé qu'un démembrement de la propriété, le successeur ne pourrait se prévaloir de cette possession pour prescrire la propriété pleine (3).

435. 4° Il faut qu'il y ait entre le possesseur actuel et le précédent possesseur une relation juridique,

---

(1) L. 13, § 3, *de Acq. possess.* Combinez-la avec le n° 435.

(2) *Id.*, Dunod, p. 20. *Suprà*, n° 430.

(3) Dunod, p. 20.

car, s'ils se trouvaient juxta-posés, sans un lien de droit, l'union ne pourrait s'opérer (1).

Par exemple, Pierre usurpe la possession d'un domaine et en jouit pendant six ans; à mon tour, je l'expulse violemment ou par voie de fait, et je jouis pendant vingt-quatre ans : ma possession ne pourra s'adjoindre celle de Pierre, car il n'y a entre nous aucun rapport, nous sommes étrangers l'un à l'autre.

436. Il y a, du reste, une grande différence entre la position des successeurs universels et des successeurs à titre particulier, en ce qui concerne la jonction de la possession.

Nous avons dit que le vice de la possession de l'auteur se transmet à son successeur universel, qui *le représente*, et est considéré comme formant avec lui une même personne (2).

Mais le successeur particulier n'est pas tenu du vice de la possession de son auteur, car il ne succède ni à la personne, ni aux obligations de celui-ci; vous êtes possesseur précaire et vous me vendez la chose comme vous appartenant : je ne suis pas pour cela considéré comme possesseur précaire; je commence pour mon compte une possession *animo domini* (3). De même, j'achète d'un possesseur violent l'immeuble qu'il a usurpé par la force; le vice de violence ne se transmet pas avec le contrat qu'il m'a passé; nos deux possessions auront des caractères différens, et, si elles ne peuvent pas se joindre à cause du vice qui infecte celle de mon auteur, elles ne seront pas non plus solidaires l'une de l'autre, et la mienne suivra son cours sans subir la responsabilité de celle qui l'aura précédée (4).

(1) Dunod, p. 20.
(2) *Suprà*, n° 409. *Infrà*, art. 2237, n° 515.
(3) Art. 2239, n° 515.
(4) Pothier, *Prescript.*, n° 122.

Ces principes n'étaient pas toujours suivis dans l'ancienne jurisprudence. Certains auteurs pensaient qu'il avait des vices qui se transmettaient aux successeurs articuliers : cela tenait à une théorie particulière, u'il convient d'exposer.

437. Suivant une doctrine empruntée au droit roiain, on divisait les vices de la possession nécessaire our prescrire, en vices réels et vices personnels. lus tard, on introduisit une troisième classe, celle es vices quasi-réels ; leur résultat était le même que elui des vices réels, mais la considération de la peronne était leur cause.

On appelait vices réels ceux qui étaient inhérens à la hose, et qui la suivaient en quelques mains qu'elle assât; de telle sorte que, tant qu'elle n'était pas purgée e leur contagion, elle restait imprescriptible par dix t vingt ans; mais ils n'étaient pas un obstacle à la rescription trentenaire.

On appelait vices personnels ceux qui découlaient u fait de la personne, mais qui ne la dépassaient pas t ne venaient jamais s'imprimer sur la chose. Le noueau possesseur la prescrivait sans obstacle par dix et ingt ans.

Les vices quasi-réels empêchaient la prescription; on pas qu'ils corrompissent la possession même, mais n considération de la personne privilégiée mineure ou utre, en faveur de qui la prescription ne courait pas.

438. Parmi les vices réels on comptait le vol (1), qui, 'après la loi des Douze-Tables, rendait la chose imprescriptible, même entre les mains du tiers qui venait à la osséder de bonne foi. Comme je l'ai dit ailleurs, pour ue ce vice disparût, il fallait que la chose revînt en-

---

(1) *Suprà*, n° 419.

tre les mains de son maître, sans quoi ce dernier pouvait toujours la revendiquer.

La violence était aux immeubles ce que le vol était aux meubles. Je parle de la violence qui parvenait à saisir la chose, et à la conquérir par l'expulsion du maître. L'école l'appelait : *Vitium vis expulsivæ* ou *ablativæ* (1).

Le précaire était aussi considéré comme vice réel, lorsque celui qui détenait à ce titre, intervertissant sa possession, ne restituait pas la chose au concédant qui la demandait, et voulait joindre la possession appelée naturelle à la possession dite civile.

Dans tous ces cas, le successeur, même de bonne foi, ne pouvait prescrire par l'usucapion, *æternitate vitii*.

439. Les vices quasi-réels affectaient les choses des mineurs, celles du domaine royal, de l'église (2).

440. Les vices personnels étaient ceux qui prenaient leur source dans la fraude et le dol. On décidait que le dol qui était cause du contrat ne le rendait pas nul de plein droit, et que le tiers-possesseur pouvait prescrire sans difficulté. Balde appelait ce vice *personalissime* (3).

On considérait aussi comme personnel le vice de quasi-violence, c'est-à-dire celui qui avait lieu lorsque, me mettant en possession d'un héritage que je trouve vide, j'expulse ou je repousse le maître quand il arrive. Là dessus l'école s'étendait à perte de vue en commentaires subtils, dont je fais grâce au lecteur (4).

C'était aussi un vice personnel que celui qui consis-

---

(1) Bartole, sur la loi *Si quis emptionis*, § *Sed hoc*, C. *de Præscript.*, 30 *annor.*

(2) Bartole, L. *Pomponius*, § *Quum quis*, D. *de Acq. possess.*

(3) Sur la loi *Vilia*, C. *de Acq. possess.*

(4) Bartole, *loc. cit.*, et tous les glossateurs, sur la loi *Clam possidere*, § *Qui ad nundinas*, D. *de Acq. possess.*

sait dans la violence qu'on appelait compulsive, lorsque, par exemple, je vous force à contracter avec moi, et à me remettre le titre d'une propriété dont ensuite je prends possession.

La clandestinité s'attachait aussi exclusivement à la personne, et n'était pas un obstacle pour les tiers-possesseurs de bonne foi.

441. Ici on ne peut que répéter une réflexion déjà faite par l'esprit positif de d'Argentré (1). Pourquoi tel vice était-il réel, et tel autre personnel? pourquoi une différence entre la clandestinité, le dol et la violence? pourquoi la possession saisie par force était-elle infectée d'un vice réel, tandis que l'extorsion du contrat en vertu duquel on prenait possession ne faisait naître qu'un vice personnel? pourquoi la force expulsive créait-elle un vice réel? et pourquoi la quasi-violence qui excluait le possesseur au lieu de le chasser, n'engendrait-elle qu'un vice personnel? Jason s'est tourmenté l'esprit pour rendre raison de toutes ces distinctions, autorisées plus ou moins par les lois romaines (2). La meilleure qu'on pût donner, ce serait de dire : *Quia sic veteribus placuit.*

442. Mais la France en a-t-elle cru sur parole le droit romain et ses interprètes?

On serait tenté, au premier aperçu, de se prononcer pour l'affirmative, en voyant Dunod, toujours invoqué comme guide dans la matière des prescriptions, répéter et enseigner qu'il y a des vices réels et des vices personnels, donner des définitions qui ne sont que l'écho de celles que nous venons de rappeler, et conclure que, lorsque le vice est réel, les tiers-possesseurs

(1) Sur Bretagne, art. 265, ch. 3, nº 6.

(2) Sur la loi *Pomponius*, § *Quum quis*, D. *de Acq. possess.*

de bonne foi ne peuvent prescrire par dix et vingt ans (1).

Mais l'autorité de Dunod est ici très-suspecte : il a laissé en route son guide habituel, d'Argentré, et n'a pas fait attention à cette doctrine du savant interprète de la coutume de Bretagne : « Lorsque nous interro« geons nos institutions, nous trouvons que l'usage du « barreau, le consentement du peuple, l'autorité du « droit national, nous ont affranchis de ces distinctions « de vices réels et personnels. Nous les avons exclus « de la pratique et des jugemens. Aucun vice ne s'op« pose à l'acquisition des tiers par la prescription. L'u« tilité publique l'a emporté chez nous, et nous avons « voulu consolider le domaine des choses et tranquil« liser les acquéreurs. *Quum pedem domo retulimus,* « *longè nos usus fori, consensus populi et auctoritas* « *patrii juris, manumisere ab his censuris vitiorum,* « *sive realium sive personalium, istaque simpliciter om*« *nia ejicimus foro et judiciis, sublatoque vitiorum dis*« *crimine, et affectione possessionum in auctoribus* « *quidem, fixum manet, nulla cujusquam vitia ex* « *personâ auctorum, etiam si rebus jure civili infixa* « *dicantur, obesse acquirentibus ad præscriptiones aut* « *appropriamentum complenda. Repertumque con*« *tra romana responsa et constitutiones salubre inven*« *tum utilitatis causâ, ad dominia rerum stabilienda* « *commerciis, utque acquirientium securitates essent* « *æternæ* (2). »

Dunod a pu penser peut-être que d'Argentré n'a ainsi parlé que pour la coutume de Bretagne ; mais tel était le droit commun. Dans les matières bénéficiales, par exemple, il était de règle que la violence du

(1) Ch. 5, 1re part., p. 28 et 29.
(2) *Loc. cit.*, no 8, p. 910.

précédent possesseur ne pouvait être opposée à celui qui possédait de lui avec bonne foi. *Quod nec in beneficialibus exigi Cassadora doctus auctor tradidit*, dit d'Argentré, *ex veterum auctoritate*, TIT. DE CAUSA POSS. ET PROPRIET., DECIS. 2. *Nemo vitiosas possessiones arguat auctorum, nemo furti, violentiæ accuset, nemo item vitiosas accessiones causetur* (1). Aussi Pothier n'a-t-il pas parlé de la distinction des vices réels et personnels de la possession. Il serait difficile d'en trouver des traces dans toute notre jurisprudence.

443. Maintenant faisons un retour sur les règles que nous avons données aux numéros 431 et suivans, et essayons de les appliquer aux divers successeurs particuliers.

Il y a des cas où aucune difficulté n'embarrasse le juge, par exemple, quand il s'agit de l'acheteur qui veut profiter de la possession de son vendeur (2), du donataire qui entend cumuler sa possession et celle du donateur (3), du légataire qui demande à adjoindre celle du testateur à la sienne (4).

444. Mais, si l'on sort de ces hypothèses, les plus simples de toutes, on est quelquefois arrêté par des objections et des embarras.

Par exemple, le légataire pourra-t-il cumuler sa possession avec celle de l'héritier qui a détenu la chose avant la délivrance? Ulpien décide l'affirmative (5), et cette décision peut s'expliquer, malgré quelques scrupules, si l'on considère que l'héritier, étant chargé par son titre de donner la chose au légataire, peut être as-

---

(1) N° 9, *in fine*.
(2) Paul, l. 2, § 20, D. *Pro emptore*. L. 76, § 1, D. *de Cont. empt.*
(3) Ulp., l. 13, § 11, D. *de Acq. possess.*
(4) Ulp., l. 13, § 10, D. *loc. cit.*
(5) *Loc. cit.*

similé à un auteur, et que l'équité, qui est le fondement des accessions de possession (1), ne permet pas qu'on attache au mot *auteur* un sens trop rigoureux. Aussi a-t-on vu, par la définition que nous avons donnée au numéro 428 de ce que l'on doit entendre par auteur, que cette expression a ici un sens fort large. Certainement, en matière ordinaire, on ne pourrait pas dire que l'héritier est l'auteur du légataire, car ce n'est pas de lui que ce dernier tient son droit; mais, dans le sujet qui nous occupe, on ne s'attache pas exclusivement aux rapports qui ont engendré le droit : on suit la marche des possessions, et celui qui en donne délivrance, en vertu d'une obligation ou d'un rapport juridique, est auteur. Sa jouissance se lie à celle qu'il communique.

445. Autre exemple :

Je vous vends ma maison, et la vente est résolue pour vice rédhibitoire : pourrai-je me servir de votre possession? Cette question a été controversée dans le droit romain, et l'on ne doit pas s'en étonner si l'on fait attention que l'acquéreur est, en thèse ordinaire, l'ayant-cause du vendeur, et non son auteur; que la résolution d'une vente n'est pas une cause de possession équipollente à celle que produit une vente; qu'il est difficile de voir un auteur dans celui qui rend la chose à son propriétaire, et un ayant-cause dans celui qui ne fait que reprendre ce qui lui appartient. *Et sunt qui putant*, dit Ulpien, *non posse, quia venditionis est resolutio, redhibitio*. Néanmoins, ce jurisconsulte se prononce pour l'accession de la possession. *Alii emptorem venditoris accessione usurum et* VENDITOREM EMPTORIS : *quod magis probandum puto* (2). Quelle en est la raison? Ulpien ne la donne pas; mais

(1) *Suprà*, n° 428.
(2) L. 1, 13, § 2, D. *de Acq. possess.*

on peut suppléer à son silence. C'est que l'acheteur, étant obligé de rendre au vendeur la chose *cum omni suâ causâ,* et même avec les fruits, doit nécessairement aussi déposer entre ses mains la possession qu'il a eue *medio tempore,* et qui est un accessoire de la chose, puisqu'elle est un progrès, un acheminement pour prescrire ; qu'ainsi, sous ce rapport, il est son auteur dans le sens large où ce mot est pris ici.

446. De tout ceci il faut conclure que l'accession de la possession s'opère également dans tous les autres cas où la résolution du contrat a lieu pour une cause quelconque. Toujours la possession de l'acheteur profite au vendeur qui rentre dans la détention de sa chose, et doit la reprendre *cum omni suâ causâ,* en vertu d'une obligation expresse ou tacite à laquelle l'acheteur était astreint. *Hunc enim perindè haberi ac si retrorsùs homo mihi venisset* (1).

Ainsi, le vendeur qui reprend sa chose par la voie du réméré, ou qui se trouve dans l'obligation de subir la rescision de la vente pour cause de lésion, cumule, avec sa possession, celle de son acheteur.

447. Celui qui achète par voie d'expropriation forcée peut joindre à sa possession celle du débiteur. On objectera peut-être que le débiteur ne vend pas, et que c'est malgré lui qu'on s'empare de sa chose pour la mettre aux enchères; mais o ici comment les lois romaines répondent à ces scrupules : *Emptori accessio tui temporis dari debebit, licet, invito te, pignora distracta sint. Nam enim illo in tempore quo contrahebas, videri te consensisse venditioni, si pecuniam non intulisses.* Ce sont les paroles du jurisconsulte Scévola (2). Il existe sur ce point un arrêt du parle-

(1) Africanus, l. 6, § 1, D. *de Diversis tempor. præscript.*

(2) L. 14, § 5, D. *de Diversis tempor. præscript.* Pothier, Pand. t. 3, p. 144, n° 50.

ment de Toulouse du mois d'avril 1701, qui a jugé que l'adjudicataire avait pu prescrire en joignant la possession de l'exproprié à la sienne (1).

448. Lorsque le possesseur est dépouillé de sa possession et qu'il obtient sa réintégration par les moyens possessoires exercés en temps utile, il est censé n'avoir jamais cessé de posséder, et l'on ne peut pas même dire qu'il joint à sa possession celle de l'usurpateur, car la trace de la possession de ce dernier est effacée, et il ne reste plus dans la personne de l'auteur primitif qu'une possession non interrompue (*suprà*, numéro 448).

En est-il de même lorsque le possesseur expulsé a laissé écouler un an, et que, s'étant pourvu au pétitoire, il obtient par sentence définitive sa réintégration? La possession du détenteur dépouillé profite-t-elle à celui qui l'évince?

Les opinions sont partagées sur ce point.

M. Merlin enseigne la négative (2), et il existe en ce sens un arrêt de rejet de la cour de cassation du 12 janvier 1832 (section des requêtes) (3). Voët paraît y être conforme (4).

Mais l'opinion contraire a de bien plus nombreux partisans; Cujas (5), Pothier (6), qu'on prétend à tort, ce me semble, opposé à lui-même (7); d'Argentré (8),

(1) *Journal du Palais* de Toulouse, t. 6, p. 157. *Répert.*, v° *Prescript.*, p. 515, et t. 17, p. 420. M. Vazeille, t. 1, p. 76.

(2) *Répert.*, *Prescript.*, supplém., p. 419 et suiv.

(3) Dall., 32, 1, 81 et 82. Sirey, 32, 1, 81.

(4) *De Acq. possess.*, n° 18.

(5) *Récit. solenn.* sur la loi 13, § 8, D. *de Acq. possess.*

(6) *Pand.*, t. 3, p. 143, note (*c*).

(7) *Infrà*, n° 466.

(8) Sur Bretagne, art. 271, glose sur les mots *ou autres*, n° 6, p. 1062.

runemann (1), Dunod (2), à qui l'article 2235 a été resque textuellement emprunté, et plus anciennement Bartole, Angelus, Alexandre, Fulgosius, Gomès, c., tenaient que l'on pouvait lier les deux possessions. M. Vazeille a donné son assentiment à cette anière de voir (3).

449. Pour discuter cette question avec tout le soin l'elle mérite, nous remonterons d'abord à la loi 13, 9, D. *de Acq. poss.*, qui est le champ de bataille des artis opposés.

On n'est pas tout-à-fait d'accord sur le texte de cette i; Cujas nous a donné la leçon suivante: *Prædone ssidente, si jussu judicis res mihi restituta sit, acessionem mihi esse dandam.* C'est celle que Pothier a loptée dans ses *Pandectes*. Si elle était exacte, elle jusfierait pleinement la seconde opinion. Nous devons re cependant que, dans toutes les éditions du *Digeste*, s mots *prædone possidente* n'appartiennent pas à ce §, terminent le § précédent. Mais Cujas, sur l'autorité es *Basiliques*, qui lui ont été d'un si grand secours dans s savantes et utiles corrections (4), a cru pouvoir s'écarter de la leçon vulgaire. Les *Basiliques* exposent en fet de la manière suivante le sens du § que nous veons de citer : *Quod possidebas* MALA FIDE *dedisti ihi, jussu judicis : accedit mihi tempus tuum.* C'était une indication naturelle pour détacher les mots *rædone possidente* du § 8, où ils font double emloi, et les lier au § 9, où le texte grec indique qu'ils oivent se trouver. Il n'y a dans cette transposition i hardiesse conjecturale, ni caprice de savant; le § 9

(1) Sur la loi 13, D. *de Acq. possess.*, n° 11, p. 452.
(2) P. 20.
(3) T. 1, p. 189.
(4) *Voy.*, sur l'usage que Cujas a fait des *Basiliques*, *Themis*, t. 7, . 165 et suiv., et t. 9, p. 321.

s'y prête d'ailleurs sans effort; seulement les mots nouveaux que Cujas y insère le rendent plus clair. Ainsi donc, en interprétant le passage d'Ulpien par les *Basiliques*, on doit en conclure que le possesseur qui perd la possession par l'invasion d'un possesseur de mauvaise foi, mais qui ensuite recouvre la propriété par l'action en désistement, peut compter, pour prescrire, le temps de l'usurpation.

Au surplus, le passage de Cujas est trop précieux pour que je ne l'insère pas ici; le voici dans son entier : *Quid opus fuit hæc adjicere,* PRÆDONE POSSIDENTE? *Satis erat dicere,* QUÆ CLAM HABITA EST. *Hæc sanè etiam verba* PRÆDONE POSSIDENTE, *hinc dissuenda sunt et assuenda initio § sequentis, hoc modo* : PRÆDONE POSSIDENTE, SI JUSSU JUDICIS, *etc. : quod et Basilicon metaphrasis probat apertè* (suit le texte grec dont j'ai donné tout à l'heure la traduction latine). *Singularis verò est hic locus et casus quo possessio vitiosa, possessio prædonis, accedere videtur non vitiosæ. Verùm hoc tamen jussus judicis facit, putà (ut hoc explicem apertè) me cum prædone agente ad exhibendum, tametsi dominus rei non essem, si ea res jussu judicis.... mihi restituta sit, mihi datur accessio temporis, quo ea res apud prædonem fuit; quia* RESTITUENDI *verbum, quo judex usus est, plenam significationem habet, ut et mihi possessio accedat et proficiat ad usucapionem.* (L. *ult.*, § *ult.*, D. *de Verbor. signifi.*). *Potest judex facere ut possessio vitiosa mea accedat, tanquàm non vitiosa, aut tanquàm vitio soluta propter auctoritatem rei judicatæ* (1), *videlicet si eam judex mihi jusserit adjici, quæ alioquin non accederet.*

(1) Il cite les lois *Cum servo*, § *Quum prætor*, D. *ad S.-C. Trebell.*; L. *Si fidejussor*, § *In omnibus*, D. *Mandati*.

450. Les adversaires de cette interprétation ont tenté quelques objections contre ce système.

Comment le détenteur dépossédé, ont-ils dit, pourrait-il se prévaloir de la possession du spoliateur? D'abord, pour qu'il y ait accession de possession, il faut trouver le rapport d'un auteur et d'un successeur; or, le propriétaire qui rentre dans sa propriété n'est pas l'ayant-cause de l'usurpateur, et l'usurpateur n'est pas son auteur; de plus, il y a eu interruption de la possession, puisque le possesseur a été spolié et qu'il ne s'est pas fait réintégrer par l'action possessoire; or, la possession interrompue est inutile pour prescrire (1): il est donc impossible que la loi 13, § 9, D. *de Acq. poss.*, dise ce qu'on lui fait dire. Quel en est le véritable sens? le voici : quand Ulpien dit que la restitution de la chose, effectuée par la force du jugement, opère une accession de possession, il fait allusion au cas où le détenteur, ayant été dépossédé de la chose en vertu d'une sentence qui ordonne qu'elle sera séquestrée pendant le procès, en est réinvesti lorsque le débat est terminé à son avantage. Alors la possession du temps intermédiaire pendant lequel l'immeuble a été séquestré profite, pour la prescription, à celui qui la recouvre (2); mais sa décision ne doit pas être interprétée dans un sens général, et ce serait s'écarter des principes, que de l'appliquer au cas où il y a eu interruption naturelle de la possession par l'occupation d'un tiers agissant pour son propre compte.

451. Pour moi, je ne saurais donner mon acquiescement à ce système. Celui dont Cujas est l'organe me paraît de tout point préférable, soit sous le rapport

(1) D'Argentré répète ces objections, mais il ne s'y arrête pas; elles ont frappé M. Merlin.

(2) C'est l'interprétation de Voët, *de Usurpat.*, n° 18.

doctrinal, soit sous le rapport logique; je vais chercher à justifier cette préférence (1).

D'abord, la transposition due à la sagacité du plus grand interprète des lois romaines ne peut être ébranlée par aucune objection ayant quelque valeur : l'autorité des *Basiliques* répond à tout ce qu'on pourrait alléguer; ce recueil est formel. On a vu tout à l'heure les expressions dont il se sert : or, l'on sait que les *Basiliques*, publiées en corps de droit par l'empereur Léon-le-Philosophe, ont été composées par des auteurs qui avaient sous les yeux, dans toute leur pureté, le texte des lois romaines; qu'elles sont ordinairement une version libre des livres de Justinien, et qu'en cas d'obscurité ou d'omission dans le texte latin, c'est une méthode approuvée par tous les jurisconsultes que d'y suppléer par les passages correspondans des *Basiliques* (2).

Ensuite, admettons qu'on doive conserver le texte latin tel qu'il est dans les éditions du *Digeste* : le § 9 de la loi 13, expliqué par la conférence des *Basiliques*, ne résistera pas moins à l'interprétation restreinte de Voët. Il faudra lui attribuer le sens donné par Cujas, et c'est ce qu'ont fait Bartole, Brunemann, d'Argentré et autres commentateurs que nous avons cités ci-dessus, lesquels, tout en conservant la leçon vulgaire, entendent le passage en question de la même manière que Cujas. Pour avoir sous les yeux toutes les pièces du procès, écoutons Bartole, qui ne s'inquiétait guère des *Basiliques* ni de la pureté du texte, mais que son bon sens a mis d'accord avec elles. *Auctoritas judicantis*,

(1) M. Blondeau n'a pas pris parti dans son ouvrage intitulé : *Chrest.*, p. 354, note 1.

(2) *Hist. du droit romain*, par M. Berriat Saint-Prix, p. 202 et 203, d'après Platner, Leoninus, Rhuncken, Beyckert, etc.

lit-il, *facit ut ejus rei quæ mihi restituitur ut meo, transferatur usucapiendi conditio*. Et, plus tard, voici comme s'exprimait Brunemann, jurisconsulte de l'école bartoliste : *Continuatio et accessio temporis datur ei qui vindicanti res jussu judicis restituta est, v. g. si a te vindicavi, qui possedisti per sex annos, et ego post restitutionem factam possedi per quatuor annos, et alius rem vindicet, possum accessione tui temporis uti, et sic res jussu judicis restituta parat mihi præscriptionem* (§ 9, H. L. *et ibi Zazius*).

Ce sens n'est-il pas d'ailleurs le plus naturel ? N'était-il pas à peu près inutile de dire que la possession du séquestre profite à celui à qui la chose est restituée? Car le séquestre possède pour le propriétaire dépossédé par mesure provisionnelle : d'où il suit que, quand celui-ci rentre dans sa propriété, il n'y a pas même lieu à accession de possession : c'est toujours la même possession réalisée dans la même personne, soit par elle-même, soit en son nom. Au contraire, une décision sur la question que nous examinons maintenant était du plus haut intérêt, et les *Basiliques*, mises en lumière par le savoir de notre Cujas et conférées avec le texte latin, nous apprennent aussi sûrement que possible quelle portée a cette décision. Certainement, entre les conjectures hasardées de quelques savans et l'autorité d'un corps de loi tel que les *Basiliques*, nul ne pourra éprouver d'incertitude. Aussi la cour de Bruxelles n'a-t-elle pas hésité, et, par arrêt du 8 thermidor an 13, elle a décidé, en visant le § 9 de la loi 13, « que le « temps du détenteur évincé accède au propriétaire « reconnu par le juge (1). »

452. Quels sont les motifs sur lesquels on s'appuie cependant pour faire prévaloir les conjectures sur la

(1) Dall., *Prescript.*, 252. Sirey, 5, 2, 528.

loi? Deux articles du Code civil sont mis en avant par M. Merlin, qui, désespérant d'enlever à l'ancienne jurisprudence le texte d'Ulpien, se rabat sur la loi nouvelle, et soutient que, depuis sa promulgation, on doit écarter ce qu'il appelle la fiction du droit romain; ce sont: 1° l'article 2235, qui n'autorise la jonction des possessions qu'autant qu'il y a un ayant-cause et un auteur; 2° l'article 2243, qui déclare interrompue la possession de celui qui pendant plus d'un an a été privé de la chose.

Mais on va voir que la réponse à ces deux articles est aussi simple que décisive.

Veut-on que nous laissions à l'écart l'article 2235? nous entendons y résister, car il faut se souvenir *de ce que* nous avons démontré ci-dessus (1), que le mot *auteur* ne doit pas être pris, dans l'article 2235, dans le sens restreint qu'il a ordinairement; que quiconque transfère la chose à autrui, et lui remet la possession en vertu d'un rapport juridique, est son auteur; que c'est ainsi que le légataire peut se prévaloir de la possession de l'héritier; qu'il en est de même dans le cas de retrait conventionnel, de pacte commissoire, de rédhibition, de rescision, de résolution, et autres où les choses sont rétablies dans leur ancien état, et où, d'après l'acception exacte du mot *auteur*, on ne trouve pas les relations d'un auteur et d'un successeur (2). Or, la relation juridique entre le propriétaire et celui qu'il évince avec restitution de fruits est palpable: son droit s'augmente de celui du possesseur, puisque celui-ci est obligé de lui remettre les fruits. On sait que le mot *au-*

(1) Nos 428, 432, 433 et 434.

(2) Dunod, à qui l'art. 2235 a été emprunté, met tous ces cas sur la même ligne que celui où le propriétaire a fait condamner le possesseur à se désister, p. 20 et 21. Comment prouve-t-on que le Code a adopté les uns et rejeté les autres? L'origine de l'art. 2235 n'a-t-elle pas quelque chose de très-significatif?

eur, *auctor*, vient du latin *augere*, qui signifie augmenter, s'ajouter ; de telle sorte que, dans la signification grammaticale de cette expression, l'auteur est celui dont le droit accroît à quelqu'un qui vient après lui en vertu d'une cause juridique, et nous avons vu que cette signification est précisément celle qui est la seule exacte quand il s'agit de l'accession de possession. Il est si vrai que l'usurpateur qui est dépouillé de la chose d'une manière intégrale, *cum omni suâ causâ*, transmet au propriétaire sa possession, que ce dernier pourrait s'en servir pour repousser par le moyen des actions possessoires les tiers qui viendraient le troubler, ou qui déjà auraient commis, lors de l'éviction, des troubles sur la chose (1). Il peut donc s'en servir pour la prescription ; car qu'est-ce que la prescription, sinon la possession continuée pendant trente ans ? Je sais bien qu'un grand nombre d'auteurs avec lesquels je fais cause commune ont dit que, dans notre espèce, l'usurpateur n'est pas auteur ; mais ils le disent aussi dans les cas examinés aux numéros 444, 445, 446 (2), où cependant personne n'est tenté, à ma connaissance, de nier la jonction des possessions : c'est que, lorsqu'ils parlent ainsi, ils prennent le mot *auteur* dans son sens restreint, et non dans l'acception très-large qu'il doit conserver ici pour que l'article 2235 ne conduise pas à l'absurde.

Quant à l'article 2243, qui est le grand cheval de bataille de l'opinion opposée à la nôtre, nous allons prouver qu'on ne saurait s'en prévaloir.

453. Insistons sur ce dernier point.

Lorsque Cujas a soutenu que la possession de l'usurpateur devait être comptée au propriétaire réintégré, il a entendu que la restitution ordonnée par le juge-

(1) Argum. de la loi 40, § 2, D. *Petit. hæred.* *Infrà*, n° 467.
(2) Dunod, p. 20 et 21.

ment (*restituta sit*) serait complète, c'est-à-dire qu'il y aurait restitution des fruits perçus par le spoliateur de mauvaise foi. Quand le jugement ordonne, en effet, que ce dernier se désistera et qu'il rendra le produit avec la chose (article 549 du Code civil), on peut avancer hardiment que le passé est effacé, et que le propriétaire n'a pas un moment cessé de posséder de droit. La possession ne se manifeste jamais d'une manière plus authentique que lorsqu'elle se réalise par la perception des fruits. Percevoir les produits de la chose, c'est faire l'acte possessoire le plus éclatant et le plus certain, et quiconque les touche sans interruption a une possession non interrompue. Or, puisque le propriétaire doit toucher tous les fruits échus, et que le possesseur de mauvaise foi est condamné à les verser entre ses mains, conçoit-on une interruption réelle de la possession? La chose jugée n'opère-t-elle pas une restitution en entier? ne renoue-t-elle pas la chaîne des temps? peut-on sérieusement proposer d'appliquer l'article 2243 (1)? Car qu'est-ce que prescrire, sinon jouir pendant trente ans, exclusivement à tous autres, des produits de la chose?

454. Mais, en triomphant sur une demande en désistement, le propriétaire n'obtient pas toujours la restitution des fruits (article 550); il est possible qu'il recouvre la propriété et que les fruits consommés restent au possesseur évincé. C'est alors que je conçois l'application de l'article 2243: il y a eu interruption plus qu'annale; le possesseur a joui des fruits; il les a faits siens par sa bonne foi; il n'est pas tenu de les rendre. Il est évident que le jugement rendu sur la question de propriété au profit du propriétaire consacre la légitimité

(1) Dans l'espèce jugée par l'arrêt de Bruxelles rapporté tout à l'heure, il y avait restitution des fruits.

e la possession intermédiaire qui est venue scinder en eux la possession du propriétaire. Parler, dans ce cas, l'accession de possession, ce serait proposer une fiction, t l'article 2243 doit conserver son autorité. Mais, lors ue le jugement ordonne la restitution des fruits, on tomberait dans une fiction bien plus déraisonnable en considérant comme possesseur intermédiaire celui qui est bligé de se dépouiller de l'émolument de sa détention, peu près comme un fermier vide ses mains auprès le son propriétaire. Je conçois difficilement que M. Merin qualifie de fiction le système de la loi romaine qui, ppliquant ces idées, ramène les choses à leur vérité naltérable, et qu'il s'imagine trouver la vérité dans un imulacre d'interruption qui n'a eu qu'une existence éphémère, et que la chose jugée a effacé pour toujours.

455. Ainsi donc la loi romaine se trouve pleinement justifiée par la puissance de la chose jugée qui rétablit le propriétaire dans tous ses droits, qui ordonne que le temps de sa dépossession ne sera compté pour rien, et veut que, pendant cette période plus ou moins longue, le fait se réunisse au droit, et que la possession retourne là où était le domaine reconnu par le jugement. On aura beau subtiliser, argumenter, il restera toujours le jugement qui aura arraché à l'usurpateur le bénéfice de la possession, et qui, par son énergie rétroactive, opère une complète restitution du propriétaire. Il n'en faut pas davantage pour que la loi romaine subsiste à l'abri de la raison, du bon sens et de l'équité.

456. Après avoir ainsi exposé notre manière de voir sur les principes régulateurs de la question, nous devons notre attention à l'arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 1832. Il a été précédé d'un rapport fait par un des membres les plus distingués de la cour su-

prême, M. de Broë. La réputation méritée dont jouit ce magistrat nous obligera à nous appesantir sur les passages de son travail qui nous paraissent susceptibles de réfutation.

Avant tout, rappelons brièvement les faits de la cause.

Le duc de Lorges et le sieur de Magnoncourt possédaient par indivis, le premier pour trois quarts, le second pour un quart, les forêts de Poirmont et Liaumont, ainsi que des terrains et places vides environnans. Après un partage intervenu en 1751, il fut convenu que les places vides, composées de cent trente-six arpens, resteraient indivises.

Vers l'année 1772, Magnoncourt apparaît, comme jouissant exclusivement de cette propriété. Il la donne, en effet, à location, à un sieur Meslay, par bail authentique du 25 septembre, renouvelé en 1779. Meslay sous-loue, par acte sous seing privé du 27 juillet 1779, à Goux, qui entra en jouissance à titre de fermier.

Goux défricha, et mit en valeur une partie de ces places vides. A l'expiration de son bail, il prétendit, contre Magnoncourt, en avoir prescrit la propriété. En l'an 8 commença un procès en désistement. Pendant l'instance, Goux céda ses droits à la dame de Buyer, qui prétendait avoir des droits de propriété à faire valoir sur les terrains disputés.

Le procès traîne en longueur; il est tour-à-tour repris et suspendu; enfin, le 16 février 1827, la cour de Besançon le termina par un arrêt qui décide que la dame de Buyer ne justifie pas de sa propriété; que, depuis 1802, sa possession n'a été qu'une continuation de celle de Goux, qui était purement précaire; qu'elle doit se désister des places vides, et restituer tous les fruits depuis son indue jouissance. On remarquera

cette dernière circonstance; elle est capitale dans l'espèce.

Que fait alors la dame de Buyer? Elle se rappelle que le duc de Lorges est copropriétaire pour trois quarts des places vides, et que Magnoncourt n'en a qu'un quart; en conséquence, elle se fait céder ses droits, et elle assigne Magnoncourt en désistement des trois quarts.

Magnoncourt prétendit que des conventions postérieures au partage de 1751 lui avaient attribué le terrain litigieux en totalité; mais, dans l'impuissance de justifier par titre cette assertion, il invoque la prescription trentenaire, et il compose ainsi sa possession: 1° vingt-cinq ans de jouissance par le fermier Goux; 2° années restantes par la dame de Buyer, n'ayant d'autres droits que ceux du fermier auquel elle s'était substituée en 1802.

La dame de Buyer répond qu'elle est loin d'avoir possédé à titre précaire; que sa possession a été *animo domini*, et que son titre d'achat a opéré une interversion.

C'est alors que Magnoncourt invoqua la loi 13, § 9, D. *de Acq. vel. amitt. possess.* Je vous ai évincée, dit-il à son adversaire, par une action qui a eu pour issue de vous forcer à me rendre non-seulement la propriété, mais encore tous les fruits. Votre possession doit donc être cumulée avec la mienne, et dès lors je dépasse trente années de jouissance.

Ce système n'eut aucun succès auprès du tribunal de Lure, qui, par jugement du 21 août 1829, ordonna que le partage aurait lieu. Sur l'appel, la cour de Besançon confirma par arrêt du 31 mai 1830, qui adopte les motifs des premiers juges.

Ces motifs sont: Magnoncourt ne peut s'attribuer une possession exclusive que depuis le sous-bail

lieu, et que Magnoncourt n'ait été possesseur réel au lieu et place de la dame de Buyer ; car la restitution des fruits est adéquate à la possession ; elle réintègre celui au profit de qui elle a été ordonnée : c'est comme s'il avait joui par ses propres mains. Tout le système contraire n'est qu'une fiction substituée à l'évidence.

Il est vrai que le duc de Lorges, copropriétaire des places vides, aurait pu, si son droit n'eût pas été prescrit, se faire admettre au partage des fruits, malgré l'arrêt de 1827, qui les adjugeait en totalité à Magnoncourt. C'est ici que les principes sur l'autorité de la chose jugée auraient été applicables ; mais, pour faire tomber par la voie de la tierce-opposition ou pour écarter de plein droit l'arrêt de 1827, une première condition était indispensable : c'était que le duc de Lorges prouvât que son droit n'était pas éteint par la prescription ; or, je le répète, cette question préliminaire se résolvait en fait. Magnoncourt avait-il perçu tous les fruits, pendant trente ans, *animo domini*, et par exclusion du duc de Lorges ? Or, c'était ici que l'arrêt de 1827 se présentait comme un acte consommé, que le duc de Lorges ne pouvait s'empêcher de reconnaître, au moins comme une réalité actuelle et de pur fait. Que, du reste, cette perception ne fût qu'une longue usurpation, peu importe ! la prescription était au bout de sa durée, et le duc de Lorges restait sans droit.

C'est sur ces idées bien simples qu'est fondé tout le système de la loi romaine ; système qui ne serait qu'une illusion puérile, s'il était nécessaire que le jugement de restitution fût rendu contradictoirement avec le prétendant à la propriété. Comment donc la cour royale s'est-elle approprié un aussi manifeste abus des principes sur la chose jugée, et un dédain

aussi superbe des sages doctrines d'Ulpien et de ses savans et judicieux interprètes?

459. Dans son rapport à la cour de cassation, M. de Broë s'est bien gardé de donner son assentiment à ces erreurs, il les a même relevées avec sagacité; mais lui-même est-il resté complètement irréprochable?

M. de Broë ne paraît pas avoir aperçu le poids immense que les *Basiliques* donnent à l'opinion repoussée par la cour de cassation. Non-seulement il ne répond pas à l'argument que Cujas en a tiré, mais il ne cite même pas ce corps de droit qui réfléchit le vrai sens des *Pandectes*, et fortifie leur autorité par celle qui lui appartient comme œuvre législative. Du reste, M. de Broë n'a pas pris ouvertement parti sur la leçon donnée par Cujas et suivie par Pothier; mais, dans l'arrêt de la section des requêtes, dont il est probablement le rédacteur, sa préférence se montre à découvert, et elle est contraire à la correction de ces deux jurisconsultes: « Considérant que, si la loi 13, § 9, D. « *de Acq. possess.*, À RAISON DE LA GÉNÉRALITÉ DE SES « EXPRESSIONS, pouvait être entendue comme ne se ré- « férant pas à cette règle du droit commun (1), rela- « tivement à la réintégration judiciaire dont elle parle, « elle se trouverait en contradiction avec les lois sur « l'interruption naturelle de la prescription, et sur les « actions possessoires, et en outre avec le principe « qu'on ne peut joindre à sa possession que celle de « son auteur; qu'aussi les plus graves controverses se « sont élevées sur l'application de cette loi, et même « sur son texte; qu'il suit de là que, quelque sens « qu'on lui attribue en dehors des principes régu-

(1) Savoir, que la possession est interrompue par la dépossession d'un an et jour, art. 2243, C. civ., et l. 5, D. *de Usurp.*

« liers du droit, sa prétendue violation ne peut donner ouverture à cassation. »

On le voit ! le rédacteur de l'arrêt fait résulter le sens que Magnancourt entendait attribuer à la loi 13, § 9, de *la généralité de ses expressions*. Il n'accorde donc pas sa confiance à l'insertion des mots *prædone possidente*, qui en ouvrent le texte et en précisent la portée. Peut être que, s'il eût réfléchi à quelle source Cujas avait puisé sa transposition, son incrédulité eût été ébranlée, et il n'aurait pas eu plus de doute sur le sens que sur le texte même d'Ulpien. Ce n'est pas, en effet, une vulgaire autorité que celle des *Basiliques* : c'est le législateur s'interprétant lui-même dans une autre langue.

460. M. de Broë suppose que le sens que Magnancourt donnait à la loi romaine est en contradiction avec les principes sur l'interruption naturelle et sur la règle qu'on ne peut joindre à sa possession que celle de son auteur ; mais tous ces principes existaient aussi dans le corps de droit des *Basiliques*, et le législateur grec n'a pas cru les contrarier par cette disposition. Cujas, Pothier, Brunemann, Dunod et autres connaissaient également ces règles incontestables, qui sont de tous les temps et de tous les lieux, et cependant ils n'ont fait aucune difficulté de se rattacher à l'interprétation combattue par M. de Broë et par la cour de cassation. Convenons donc que les scrupules tardifs de M. le rapporteur et de la section des requêtes touchent à l'exagération. Du reste, nous avons fait connaître ci-dessus les motifs devant lesquels ils doivent s'évanouir ; nous allons encore y revenir, pour achever de montrer avec la plus entière évidence que la loi romaine, expliquée par la loi grecque, est l'expression de la vérité juridique, et doit triompher partout et toujours comme raison écrite.

« A l'égard du sens de la loi, dit M. de Broë, tous
« les interprètes ont senti qu'en transformant un *ad-*
« *versaire* en un *auteur* (s'il s'agit d'une possession de
« plus d'une année), elle violait le principe *actor a*
« *reo causam non habet;* mais plusieurs se sont ef-
« forcés de la justifier par *une sorte de rétroactivité* FIC-
« TIVE qu'ils ont attribuée au jugement, et par l'effet
« de laquelle le possesseur réintégré est censé n'avoir
« perdu en aucun temps la possession. Cujas fonde
« *cette fiction* sur l'effet du mot *restituendi*, dont se
« sert le juge. »

461. En appréciant les choses à leur juste valeur, il est bien difficile de ne pas trouver une méprise dans le reproche de fiction adressé à la doctrine de Cujas, tandis que c'est le système opposé qui roule tout entier sur la pointe d'une fiction... Quoi donc! voilà un jugement qui ordonne la restitution des fruits pour tout l'arriéré, et en sa présence l'on affirme que celui qui les reçoit est un possesseur fictif!! Mais qu'y a-t-il de plus réel que de toucher les fruits d'un immeuble? Par quel fait plus caractéristique et plus sérieux la possession peut-elle se promulguer? J'ai souvent entendu parler de possession feinte, sans ajouter beaucoup de foi à ce vieux dicton de nos auteurs; mais je n'ai jamais ouï dire qu'on ait eu l'idée de comprendre, sous ces mots la perception effective des fruits, car c'est là le type par excellence de la possession réelle.

Investi de la jouissance des fruits, on prétend que celui qui les recueille n'est pas possesseur. Il a touché les fermages pendant tout le temps voulu pour prescrire; trente ans et plus se sont écoulés, et c'est pour lui seul que la propriété a été productive : n'importe!! il n'est pas possesseur, au jugement de la cour de cassation et de son honorable rapporteur. Mais qui donc a possédé? Est-ce le détenteur dépouillé par un ordre

de justice? Non, sans doute : s'il a possédé provisoirement, la possession définitive lui échappe ; la chose jugée a décidé que la fiction qui l'avait fait considérer comme propriétaire était une illusion ; elle a résolu la possession qu'il avait usurpée, et elle en a effacé les effets ; elle a reporté tout l'émolument de cette possession sur celui qui l'a fait déclarer spoliateur. Or, je le demande, peut-on concevoir un possesseur sans perception des fruits, et n'est-ce pas la plus inconcevable de toutes les fictions que de dire que celui-là a possédé, qui doit rendre les fruits à un autre?

462. Il y a dans la jurisprudence une foule de cas où l'on voit les droits se résoudre et disparaître même pour le passé. Combien de fois la propriété n'était-elle pas atteinte par une condition résolutoire qui réagit sur le temps écoulé, efface le passage du propriétaire intermédiaire, et ramène la chose sur la tête de celui qui en avait été un moment dépouillé, de telle sorte qu'il est censé n'en avoir jamais été privé? Par exemple, une vente avait transporté le domaine de la chose sur la tête de l'acquéreur ; mais il ne paie pas le prix aux termes échus. Alors le vendeur poursuit la résolution, et il l'obtient avec la restitution de tous les fruits (1). Cette dissolution rétroactive du contrat produit même des effets tellement énergiques qu'elle fait crouler les hypothèques et les charges dont l'acheteur avait grevé l'immeuble pendant sa détention (2). Et tout le monde convient que le vendeur peut joindre au temps qui lui est nécessaire pour prescrire celui de la possession de l'acheteur évincé (3) ; et cependant l'acheteur dépourvu de bonne foi, puisqu'il refuse

(1) *Voy.* mon Comm. *de la Vente*, t. 2, n° 652.
(2) *Id.*, n° 651.
(3) *Suprà*, n° 432 et 433.

de remplir ses obligations, est déclaré, par le jugement qui le dépossède, avoir manqué d'un juste titre pour faire les fruits siens (1); il est autant un adversaire qu'un auteur!!!

On peut en dire autant du vendeur qui a vendu une chose atteinte d'un vice rédhibitoire, et qui, obligé de la reprendre, la recouvre avec les fruits (2). L'acheteur était son adversaire, et cependant il profite de sa possession comme s'il était son auteur (3).

Ceci admis, quel si grand sujet d'étonnement y a-t-il donc que le possesseur éliminé par l'effet de l'action en revendication, et obligé de rendre les fruits à celui qui gagne le procès, soit considéré comme abdiquant entre les mains de ce dernier la possession qu'il avait indûment conservée pour le passé, et que l'on regarde comme vrai possesseur, comme possesseur réel, celui qui perçoit les fruits par son intermédiaire? M. le rapporteur répond qu'un adversaire n'est pas un auteur; mais ce sont là de ces mots éblouissans qui ont l'air d'être victorieux, et qui au fond ne prouvent rien. Je dis, parce que c'est une vérité incontestable dans la matière qui nous occupe, qu'un adversaire est souvent un auteur, et j'en ai donné, aux numéros 444, 445, 446 et 452, des exemples que M. de Broë lui-même ne peut qu'accepter sans hésitation.

463. Voudrait-on qu'une interruption de possession fût un fait ineffaçable? Eh bien! interrogeons la loi, et voyons si elle autorise à tirer cette conclusion.

Une citation en justice interrompt la possession tout aussi bien qu'une possession d'an et jour qui s'interpose pour couper celle du détenteur en chemin de pres-

---

(1) Mon Comm. *de la Vente*, n° 652.

(2) *Id.*, n° 571. Ulp., l. 23, § 9, D. *de Ædil. Edicto*.

(3) *Suprà*, n°s 446 et 452.

crire; or, l'article 2247 déclare l'interruption comme non avenue, si la demande est rejetée, ou si le demandeur se désiste de son ajournement : ainsi donc il est prouvé par cette disposition qu'un fait d'interruption n'est pas à l'abri de l'effet rétroactif.

Il est vrai que le Code civil ne dit rien de semblable quand l'interruption, au lieu d'être civile, est naturelle; mais il ne dit non plus rien de contraire : l'analogie nous autorise donc à assimiler les deux cas. Pourquoi ce qui a lieu dans le cas d'interruption civile serait-il repoussé dans le cas d'interruption naturelle? La raison de décider n'est-elle pas la même? La citation en justice, rejetée par un jugement définitif, s'efface dans le passé, parce que la cause en est déclarée injuste, attentatoire à la propriété. La détention plus qu'annale du détenteur est aussi reconnue injuste et équivalente à un trouble vexatoire apporté au droit du propriétaire, puisqu'on le force à restituer les fruits. Cette possession intermédiaire doit donc disparaître comme un fait sans conséquence, puisque, dépouillée de la perception des fruits, elle est réduite à n'avoir été qu'une détention nue et sans émolument. L'argument de l'article 2247 reste donc victorieux dans le système que nous défendons, et il faut cesser de donner à une interruption naturelle un privilége inoui dans le droit, privilége que la loi refuse expressément à l'interruption civile, et que la raison désavoue dans tous les cas analogues.

464. M. de Broë a proposé une considération qui lui paraît puissante pour écarter la loi romaine; car cette loi, tellement rationnelle qu'il faudrait l'inventer si elle n'existait pas, on la repousse avec des efforts qu'on emploierait tout au plus contre une subtilité misérable ou une énorme iniquité.

« De quoi s'agit-il dans l'espèce, dit M. de Broë?

« De la prescription trentenaire : or, ne peut-on pas
« dire que la loi dont il s'agit n'est relative qu'à la
« prescription de dix et vingt ans ? C'est ce qui semble
« résulter du titre auquel elle appartient, et de ce que
« nous ne voyons aucun des auteurs qui s'en sont oc-
« cupés l'appliquer autrement qu'à la prescription de
« dix et vingt ans... Vous savez, Messieurs, que la
« prescription trentenaire n'a été introduite dans la
« législation romaine qu'assez long-temps après la
« prescription de dix et vingt ans ; on n'en trouve au-
« cune trace dans le *Digeste*, et c'est seulement dans
« le Code qu'on rencontre la loi de Théodose-le-Jeune
« qui la proclame. *Mais le Code* (1) *se garde bien de
« reproduire la disposition* EXCEPTIONNELLE *qui nous
« occupe*.

« Il est bien vrai que les principes généraux admis
« par les lois romaines, relativement aux prescrip-
« tions, étaient les mêmes pour la prescription de dix
« et vingt ans et pour la prescription trentenaire ;
« *mais il s'agit encore une fois ici d'une loi* EXCEPTION-
« NELLE !!!! La cour aura donc à examiner s'il y a lieu
« de transporter cette loi du *Digeste* dans le Code, et
« d'appliquer à une prescription qui n'a d'autre base
« qu'une possession sans titre, et même de mauvaise
« foi, *une loi par elle-même exorbitante, introduite*
« SANS DOUTE *par faveur* pour une possession appuyée
« sur un juste titre et la bonne foi. »

Je crains bien que le savant rapporteur ne se soit laissé égarer ici par sa susceptibilité contre la loi 13, § 9, D. *de Acq. possess.*

Il est obligé de convenir que les règles générales sont les mêmes en matière d'usucapion et de prescription ; tous les principes sur l'accession de la possession

(1) C'est du Code Justinien que parle M. de Broë.

sont donc communs à ces deux manières d'acquérir; M. de Broë l'a senti. Mais, pour mettre à l'index la loi 13, § 9, de quoi son esprit s'est-il laissé frapper? De ce que le Code Justinien s'est bien gardé de reproduire la disposition exceptionnelle de cette loi. *S'est bien gardé!* l'expression doit être relevée. Ne dirait-on pas qu'il y a dans ce Code quelque texte qui témoigne de l'aversion du législateur constantinopolitain pour le passage qu'il avait extrait des livres d'Ulpien? Où donc M. le rapporteur a-t-il trouvé des traces de cette répugnance calculée? Est-ce dans quelque loi? je ne crois pas qu'il puisse en citer une. Est-ce dans le silence du Code? mais je prie M. de Broë d'y réfléchir: Justinien, qui parle, dans ce recueil, et de l'usucapion (1) et de la prescription trentenaire, n'a reproduit nulle part le fragment d'Ulpien; il ne le rappelle ni quand il s'occupe de l'usucapion, ni quand il traite des prescriptions de dix, vingt et trente ans. En poursuivant l'argument de M. de Broë, il faudra donc conclure que le Code a abrogé par son silence la loi 13, § 9, et qu'elle n'est pas plus applicable à l'usucapion qu'à la prescription de trente ans; car, si le silence du législateur est significatif pour ce qui concerne la prescription trentenaire, on ne peut le déclarer sans valeur pour ce qui concerne la prescription de dix et vingt ans. Et cependant M. de Broë ne va pas jusque là; il admet l'existence de la loi 13, § 9, dans la prescription décennale et vicennale: son argument s'écroulera donc puisqu'il aboutit à l'inconséquence. Si l'on voulait déclarer abrogé tout ce qui, étant dans les *Pandectes*, ne se trouve pas dans le Code, il n'y a pas beaucoup d'opinions des jurisconsultes classiques de Rome qui échapperaient à cette guerre d'un nouveau genre, à

(1) Lib. 7, tit. 26, 27, 28, 29, 30 et 31.

laquelle le respect des interprètes ne les avait pas accoutumés jusqu'à présent. D'ailleurs, pour en revenir aux répugnances de Justinien, je demande pourquoi il se serait *bien gardé de répéter* le passage d'Ulpien dans son Code, tandis que nous voyons plus tard le législateur grec l'adopter et le fondre dans le corps du droit des *Basiliques*!!!

Après cela, que M. de Broë s'efforce de classer la loi 13, § 9, parmi les dispositions *exceptionnelles, exorbitantes, introduites sans doute par faveur* : nous ne reviendrons plus sur cette partie de la discussion; nous avons essayé de prouver combien ce point de vue est faux et trompeur, et il résulte de ce que nous avons exposé, qu'Ulpien n'a fait que se conformer aux règles invariables et éternelles sur la chose jugée et sur la dépossession accompagnée de restitution des fruits, lorsqu'il a voulu que le propriétaire réintégré dans la jouissance des fruits comptât dans sa possession tout le temps de cette perception effective. J'avoue que j'aurais vivement désiré que M. le rapporteur eût essayé de prouver rationnellement que celui qui touche les fruits pour son propre compte n'est pas possesseur; mais son travail présente une lacune à cet égard : sa discussion s'arrête sans cesse devant l'examen raisonné de cette idée, qui cependant est la base de son système, comme l'idée inverse est le fondement du nôtre.

465. Au surplus, je reconnais qu'il devient de jour en jour plus difficile de fonder une cassation sur la violation des lois romaines : le sens de ces lois s'oublie et se perd; tous, tant que nous sommes, nous éprouvons de graves obstacles pour en acquérir la véritable intelligence. Les conflits entre les interprètes ébranlent la confiance du magistrat, ils lui enlèvent cette foi vive qu'il faut ressentir pour annuler une décision souveraine ; on s'effraie d'une dissidence d'opinions;

souvent aussi l'imagination la grossit et l'exagère. Toutefois, je ne crois pas qu'on puisse, comme la cour de cassation l'a fait dans l'espèce, transformer *en grave controverse* (1) une discussion dans laquelle on trouve devant soi, d'abord, une majorité immense pour réduire au silence une minorité sans appui; ensuite, des raisons prépondérantes pour la faire plier soit sous le joug de la loi sainement interprétée, soit sous l'empire de la raison écrite, et consacrée dans un corps de droit qui sert de complément et d'éclaircissement au texte romain (2)!!!

466. Venons à une question voisine de la précédente.

Lorsque l'usurpateur transige avec le propriétaire et consent à lui remettre la chose avec les fruits, ce dernier peut-il cumuler sa possession avec celle du possesseur qui consent à se retirer?

L'on sent que la solution de cette difficulté est singulièrement préjugée par celle que nous avons donnée sur la question précédente. La convention opère ici le même effet que la chose jugée dans l'hypothèse que nous venons de discuter (3).

M. Merlin, conséquent avec lui-même, ne veut cependant pas qu'il en soit ainsi : il oppose les lois romaines et Pothier. Suivons-le sur ce terrain, et voyons d'abord si les textes sont pour M. Merlin.

Le premier qu'il invoque est la loi 13, § 3, D. *de Acq. possessione*; j'en ai donné l'exposition au n° 433 ci-dessus. Je le crois fort peu décisif : il est fondé tout entier sur ce qu'il y avait eu discontinuité de la possession.

---

(1) Expression de son arrêt.

(2) Il faut lier cette discussion avec celle qui vient au n° suivant et au n° 467.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Vazeille, n° 157, t. 1.

Mais remarquez qu'Ulpien ne nous fait pas connaître comment le propriétaire de la chose l'avait recouvrée sur celui qui la détenait sans titre. Était-ce par un jugement? était-ce par une transaction? était-ce par voie de fait? Ulpien garde le plus profond silence à cet égard. Et cependant, pour que la loi 13, § 3, fût décisive contre nous, il faudrait qu'elle s'expliquât positivement sur ce point; car, s'il y avait eu un jugement ou une convention, sans que ces actes eussent opéré une restitution en entier et effacé le passé; si, à plus forte raison, le propriétaire se fût ressaisi par voie de fait (1), on conçoit que nous n'insisterions pas pour le cumul de la possession. Nous ne le revendiquons que parce que, dans les hypothèses que nous examinons, la restitution en entier fait disparaître la possession intermédiaire du détenteur et enoue la chaîne de la possession du propriétaire.

La seconde loi invoquée par M. Merlin est encore moins significative: c'est la loi 13, § 8, D. *de Acq. possess.*, que nous avons rapportée au numéro 431. Pourquoi rejette-t-elle la conjonction des deux possessions, celle de l'usurpateur et celle du propriétaire? Est-ce parce qu'il y a eu interruption, et qu'on ne peut faire disparaître par jugement ou par contrat une interruption de possession? Non, sans doute! car elle suppose que la possession a été restituée, *retractâ possessione*, et que par conséquent il n'y a pas eu discontinuité réelle, par suite d'un retrait plein, entier, qui a rétabli le propriétaire dans tous ses droits. Quel est donc son motif? C'est que la possession qu'on voulait s'adjoindre était clandestine. Ainsi, si la possession n'eût pas été vicieuse, le contrat, opérant restitution en entier, aurait pu autoriser le propriétaire à cumuler les deux possessions.

---

(1) *Suprà*, n° 435.

On voit que cette loi fournit en notre faveur un argument très-plausible, loin de militer contre nous.

Voyons maintenant si Pothier nous détermine à abandonner notre doctrine.

« Supposons, par exemple, dit-il (1), que Pierre, possesseur de bonne foi d'un petit morceau de terre dont « il n'était pas propriétaire, me l'a vendu. *Avant que « la tradition m'en ait été faite,* un usurpateur s'en « est emparé et en a acquis la possession par an et jour. « Pierre m'ayant subrogé à ses droits, j'ai donné la « demande en revendication contre l'usurpateur, le- « quel, sur cette demande, m'a délaissé le morceau de « terre. Il faut, pour que je l'acquière par la prescrip- « tion contre celui qui en est le véritable *propriétaire,* « que je le possède moi-même pendant tout le temps « requis pour la prescription ; car je ne puis joindre à « ma possession ni celle de l'usurpateur, cet usurpa- « teur n'étant pas mon auteur, et d'ailleurs sa posses- « sion étant une possession injuste (2), ni celle de « Pierre, mon auteur, parce qu'elle n'est pas contiguë « à la mienne. »

Si je voulais prêter à ce passage le sens que lui attribue M. Merlin, je pourrais me donner l'avantage d'ébranler la confiance due à Pothier, en le mettant en contradiction avec lui-même : il me suffirait de renvoyer à la doctrine qu'il enseigne dans ses *Pandectes,* dans le cas analogue où la restitution de la chose s'opère par l'effet d'un jugement (3). Mais j'ai trop d'estime pour Pothier, pour supposer facilement qu'un esprit aussi

(1) *Prescript.*, n° 124.

(2) Ceci n'est pas de conséquence si la possession est trentenaire, car qu'importe que la possession soit injuste ? J'ai même dit que cette circonstance est indifférente dans la prescription décennale, lorsque la possession injuste n'est qu'intermédiaire (nos 431 et 432).

(3) *Suprà*, n° 448.

udicieux ait émis sur le même sujet des avis tout-à-fait opposés. Si l'on voulait y faire attention, on serait convaincu que la plupart des contradictions apparentes qui nous frappent dans des écrivains animés d'un amour sincère de la vérité s'expliquent facilement en les attribuant aux différens aspects sous lesquels les questions se présentent à eux (1): Dans l'entraînement de la composition, on est aisément conduit à ne présenter qu'un aperçu partiel des objets, selon le point de vue où l'on s'est placé; c'est cet aperçu que l'on doit apprécier avec justesse, pour ne pas lui donner une portée qu'il n'a pas, sans quoi l'on fausse les idées d'un auteur, et on lui prête gratuitement des contradictions indignes de lui.

Or, il faut remarquer que, dans l'exemple qu'il pose (2), Pothier ne parle que d'un simple délaissement par l'usurpateur; et ce cas est-il le même que celui que nous examinons? Non! sans doute. Un délaissement pur et simple laisse subsister l'interruption; il n'efface pas le passé; il ne crée pas de rapport juridique entre l'usurpateur qui se retire et le propriétaire qui prend sa place. C'est à peu près comme dans un salon où l'on ne se connaît pas: l'un entre et l'autre sort par la même porte. Mais il en est autrement s'il y a convention pour opérer une restitution complète, pour reporter sur la tête du propriétaire tout l'émolument que la chose a produit pour le possesseur intermédiaire. Nous avons vu que la loi 13, § 8, D., ne répugne pas à cette idée, *retractâ possessione;* le bon sens la sanctionne: car je ne cesserai jamais de répéter que celui à qui l'on rend les fruits est le vrai possesseur, et que l'interruption se trouve effacée.

---

(1) Cette observation a été faite par M. Dugald-Stewart (*Hist. des sciences métaphysiques; morales et politiques*, t. 2, p. 15 et 16).

(2) De même que dans celui qu'il donne au n° 116.

Ceci admis, voici comment j'aperçois le fil non interrompu de la possession.

Pierre possédait ; par le contrat de vente qu'il m'a passé, j'ai succédé de plein droit à sa possession, quoique je n'aie pas encore pris tradition; car, si la possession ne s'acquiert pas sans un acte corporel, elle se continue *animo*, ainsi que je l'ai dit ailleurs (1), et il ne s'agit ici que d'une continuation de possession : me voilà donc possesseur de droit et héritier (si je puis parler ainsi) de la possession de Pierre. Mais il arrive qu'un tiers vient s'entremettre comme un obstacle, et me prive pendant l'an et jour de la jouissance de la chose : sans doute, si je ne fais que reprendre cette chose purement et simplement, ma possession aura *été interrompue*; mais, si l'usurpateur consent à me rétablir en entier, à me rendre les fruits, signe non équivoque de la jouissance de la chose, faudra-t-il ne tenir aucun compte de cet évènement? ne sera-t-il pas vrai de dire qu'il n'y a eu qu'un simulacre d'interruption, et qu'en réalité, tout l'émolument de la chose a été pour moi sans discontinuité? — J'avoue que cette conclusion est pour moi d'une vérité évidente, et je ne conçois ni n'admets aucune des objections qu'on peut lui faire.

467. On demande si la possession de l'héritier putatif compte à l'héritier réel qui vient à l'évincer.

Voici comment d'Argentré répond à cette question : *Sed tamen vero hæredi non datur accessio ejus possessionis, quæ apud hæredem putativum fuit.* L. ET NON TANTUM, 19, § 1, VERB. *ab hærede, ubi Angel.* D. DE PETIT. HÆRED., *itaque si veluti proximus hæres manum sibi levari de hæreditate obtinuerit, et ex eâ causâ octennio aut decennio possederit, reperto posteà propinquiore hærede, si res quædam aliena in*

(1) Nos 263 et suiv., et 251 et 425.

hæreditate reperiatur, id octennium, quo res apud non verum hæredem fuit, non accedet vero hæredi ad perficiendum quindecennium; nisi quidem uno casu, si ille propior hæres sententiâ hæreditatem restituere jussus est ex lege 13, § 9, D. DE ACQ. POSS.; *quod antè in primâ regulâ docuimus. Etiamsi solutio debiti hæreditarii tali putativo hæredi facta, debitorem liberaret* (1).

Ainsi, suivant d'Argentré, ce n'est qu'autant que l'héritier apparent est évincé par jugement que sa possession compte à l'héritier réel. Dans tous les autres cas, l'héritier apparent lui paraît un tiers dont l'interposition interrompt la possession commencée par le défunt!

Mais que d'objections s'élèvent contre cette doctrine.

D'abord, la loi 19, § 1, D. *de Petit. hæred.*, citée par d'Argentré, ne dit rien de la question qui nous occupe!

Ensuite, pour que la possession du défunt, continuée de plein droit dans sa succession et prise par l'héritier apparent, fût interrompue, il faudrait que celui-ci l'eût appréhendée, non pas comme héritier, mais comme usant d'un droit qui lui était propre : sans cela, n'est-il pas manisfeste que, loin de vouloir interrompre et briser la possession du défunt, son intention a été de la continuer et de la conduire à fin? Un continuateur est-il un interrupteur?

Il est vrai qu'il était sans droit et qu'il s'est immiscé dans une chose qui n'était pas la sienne. Il est usurpateur, mais usurpateur pour représenter le défunt, et non pour l'effacer; rien ne ressemble moins au cas où un tiers étranger s'entremet pour intervertir le cours de la possession.

La succession laissée par le défunt possède donc par l'entremise du faux héritier; si elle possède, l'hé-

(1) Art. 262, p. 1266, n° 24, sur les mots *ou autres*.

ritier réel, qui plus tard vient l'appréhender, doit donc profiter de la continuation de possession dont elle s'est augmentée à l'effet de prescrire, car il prend la succession dans son entier. *Et placuit universas res hæreditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint* (1).

On ne peut nier qu'une possession prolongée pendant un temps plus ou moins considérable ne soit un avantage souvent très-important. Eh bien! que dit Ulpien des avantages acquis à l'hérédité depuis la mort du défunt? *Item, non solùm ea quæ mortis tempore fuerunt, sed* ET SI QUA POSTEA AUGUMENTA HÆREDITATI ACCESSERUNT, *venire in hæreditatis petitionem* (2).

Aussi Paul décide-t-il formellement que l'héritier évincé doit remettre à l'héritier réel toutes les actions qui lui compétaient, et même l'exercice des actions possessoires, notamment de l'action *undè vi*, pour se faire restituer dans la possession qui lui aurait été enlevée. *Actiones si quas possessor nactus est, evictâ hæreditate, restituere debet, veluti interdictum* UNDÈ VI, *aut si* QUOD PRECARIO *concessit* (3). N'est-ce pas là la preuve convaincante que la possession du faux héritier passe sur la tête du véritable, puisque ce dernier succède aux actions par lesquelles le premier pouvait la défendre?

Concluons donc que, dans tous les cas, l'héritier réel profitera de la disposition de l'article 2235, et que d'Argentré a entrevu la question sous un faux jour.

(1) L. 18, § 2, D. *de Petit. hæred.* (Ulp.).
(2) L. 20, § 3, *de Petit. hæred.*
(3) L. 40, § 2, D. *id.*

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU 1er VOLUME.

ERRATA DU TOME I[er].

Page 3, au n° 34 du sommaire, 1[re] ligne, *après* ne se compense, *ajoutez* pas; *et après* une autre dette, *ajoutez* qui n'est.
— 33, ligne 11, celui-ci, *lisez* celle-ci.
— 101, ligne 17, ce présente, *lisez* se présente.
— 113, ligne 10, venues, *lisez* devenues.
— 127, à la fin de la note (2), au lieu de n° 72, *lisez* 2[e] partie, t. 1, page 72.
— 236, ligne 6, *avant* pluviales, *mettez* un point.
— 291, ligne 28, supprimez la virgule qui est avant *sedi*.
— 299, ligne 29, *après* inaperçue, *mettez* un point.
— 321, à la note (2), *au lieu de* p. 151, *lisez* n° 700.
— 381, ligne dernière, *usucapi*, lisez *usucapio*.
— 383, ligne 6, qualités sociales, *lisez* qualités civiles.
— 386, ligne avant-dernière, *après* par une cause, *mettez* une virgule.
— 394, à la note (1), ligne 2, p. 378, *lisez* n° 256.
— 396, à la note (2), *ajoutez* et t. 3, p. 200 de la trad. française.
— 402, ligne 16, *avant* on me fera, *mettez* un guillemet.
— 447, ligne 15, et que, *supprimez* et.
— 465, ligne 7, de là ces deux, *lisez* de là les deux.
— 466, ligne 7, qui ont agi, *lisez* qui avaient agi.
— 566, ligne 19, M. de Pontas, *lisez* M. de Pontac.
— *Id.* ligne 30, compersonnier, *lisez* comparronnier.
— 594, ligne 31, refuser des, *lisez* refuser ces.
— 632, ligne 30, explique l'adage, *lisez* applique l'adage.
— 640, note (4), p. 305 et 326, *lisez* n[os] 530 et suiv.
— 657, ligne 26, mais oici, *lisez* mais voici.
— 683, ligne 16, et enoue la chaîne, *lisez* et renoue la chaîne.
— *Id.* ligne 20, au n° 431, *lisez* au n° 432.
— 685, ligne 22, *après* ne se connaît pas, *mettez* une virgule à la place des deux points.





